



نگاهی نو به جایگاه عدالت شاهد و طُرُق احراز آن، در فقه و حقوق ایران

دکتر محمدمهدی الشریف - رضا قاسمی رستمی - دکتر سیدمحسن قائم‌فرد - سیدوحید صادقی

ماهیت و آثار درج شرط بیفایده در قراردادها

امیرمحمود امینی - دکتر رحیم پیلوار - احمد صابری مجد

تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیراحسانی

دکتر منصوره بکایی - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر سیدمحمدهادی قبولی درافشان

تفسیر قرآن و قانون اساسی؛ مشابهت‌های سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا

دکتر رضا پورمحمدی

نقد تخصیص توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به غرق و مهدوم‌علیهم (بر پایه مناسبات لفظی اخبار)

سیده ریحانه رضاییان - دکتر محمدرسول آهنگران - دکتر محمد جعفری هرن‌دی

تأثیر بیماری آلزایمر بر وجوب و صحت نماز

دکتر سهیلا رستمی - دکتر وربا حفیدی

بازپژوهی معناشناختی «مال» از منظر فقه امامیه

دکتر جواد سلطانی‌فرد - دکتر احمدعلی یوسفی - دکتر احمد محمدی

واکاوی معنای عفت در دانش فقه و اخلاق

دکتر مهدی شجریان

نقد روش شناختی تمرکز بر متن خطابات شرعی در مقام استظهار از ادله نقلی

دکتر مهدی گرامی‌پور - مصطفی جمال بافتی

حجیت اصل مثبت با درنگ در روایات

احسان مهرکش



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر جواد ایروانی

استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است.

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار ادبی: سیده مرضیه خالقی میران

مترجم چکیده به انگلیسی: مینا ملائی

نمونه خوان: مریم اورعی

صفحه آرا: حسین ذکاوتی زاده

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

راهنمای نویسندگان نشریه فقه و اصول

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد.

۲. زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳. حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه طبق الگوی صفحه‌آرایی مجله و یا ۸۵۰۰ کلمه در محیط ورد بیشتر باشد.

۴. چکیده مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و یافته‌های تحقیق) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (۱۰۰ تا ۲۰۰ واژه) ضمیمه شود و واژگان کلیدی (حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه) به دنبال چکیده بیاید.

۵. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع و موقعیت سازمانی به دو زبان فارسی و انگلیسی درج شود، ترتیب نویسندگان و نویسنده مسئول تعیین شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ثبت و ارسال شود.

۶. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف‌چینی شده و در سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول، بارگذاری و با سایر اطلاعات مورد نیاز ثبت و ارسال شود.

۸. جهت پیشگیری از هرگونه سوءرفتار علمی (خواسته یا ناخواسته)، تمامی مقاله‌های ارسالی، در نخستین مرحله توسط مشابه‌یاب «سمیم»^۱ برای مقالات فارسی همانندجویی می‌شود. برای مشابه‌یابی چکیده مقالات لاتین از سامانه iThenticate استفاده می‌شود. نشریه تنها آثاری را برای داوری ارسال می‌کند که میزان مشابهت کلی متن اصلی با آثار انتشاریافته پیشین اندک و قابل چشم‌پوشی (حداکثر ۱۵ درصد) باشد. توصیه می‌شود نویسندگان محترم، پیش از ارسال آثار، با مراجعه به سامانه فوق، هرگونه مشابهت متن خود را با آثار منتشر شده در موضوع بررسی کنند.

^۱ <http://www.samimnoor.ir/view/fa/default>

۹. پذیرش اولیه مقاله به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از استاندارد اولیه پژوهشی و پذیرش نهایی آن به تأیید داوران و موافقت هیئت تحریریه وابسته است.

۱۰. مقاله‌های ارسال شده پس از شروع فرایند بررسی بازگردانده نمی‌شود.

بخش دوم: شیوه نگارش

رعایت «دستور خط فارسی»^۲، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املائی خط فارسی»^۳ و افزونه «ویراستیار» و یا سامانه برخط «ویراست لایو»^۴ استفاده کنند. عدم رعایت شیوه‌های نگارشی پیشنهادی می‌تواند موجب تأخیر در چاپ و یا بازگرداندن مقاله به نویسنده در مرحله تولید شود.

نکات اهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

۱.۱. نشانه‌های . ، : ... ؟ ! با قبل بی‌فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.

۲.۱. نشانه‌های دربرگیر مانند پرانتز و گیومه « » () با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.

۳.۱. برای درج نشانه‌های احترام، پرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).

۴.۱. شماره ارجاع پاورقی (عدد تک) بعد از نشانه‌ها (، ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.

۵.۱. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (ک، و، ـ) در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف‌الیه، بعبارة آخری، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه روی‌های غیر ملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عَرْضه/ عَرْضه؛ حَرْف/ حَرْف.

۶.۱. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.

۷.۱. استفاده از گیومه غیرفارسی نظیر «» و "" ممنوع است (گیومه فارسی به این صورت «» است).

² <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/D-1394.pdf>

³ <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/F-E-1394.pdf>

⁴ <http://www.virastlive.com/>

۸.۱. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصرأً از کلیدهای $\text{ctrl}+\text{shift}+2$ استفاده کرد، البته اگر از صفحه کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با $\text{shift}+\text{sppac}$ آن را درج کرد.

۲. لایه‌بندی

- ۲.۱. مقاله از چند جزء اصلی تشکیل شده که شامل چکیده، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع است.
- ۲.۲. بدنه اصلی حاوی تعدادی عنوان اصلی است و لازم است حتی‌المقدور از فزونی تیتراها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد، بایستی از صورت تیترا درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به‌طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامه آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...
- ۲.۳. چکیده، مقدمه، نتیجه‌گیری و منابع شماره گذاری نشود.
- ۲.۴. عناوین و تیتراهای بدنه اصلی با اعداد و در حالت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری شود.
- ۲.۵. برای شماره‌گذاری در لایه تیتراها فقط از نقطه استفاده شود. به‌طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوه ارجاع استنادی و تنظیم منابع

ارجاعات مقاله، مطابق با نظام شیکاگو و به روش پانویشت و منابع پایانی تنظیم شود.

شیوه ارجاعی نشریه: نظام شیکاگو «پانویشت-منابع»

در شیوه «پانویشت-منابع» نویسنده باید توضیحات و ارجاعات خود را در پانویشت درج کند و اطلاعات کتاب‌شناختی آثار را در منابع پایانی اضافه کند.

استفاده از ارجاع درون‌متنی و یادداشت‌های پایانی و پی‌نوشت در این شیوه مجاز نیست.

۱. چگونگی ارجاع و اجزای اصلی در ساختار پانویشت:

- قسمت‌های پانویشت با ویرگول جدا شود؛
- تنها نام خانوادگی صاحب اثر درج شود؛
- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل نویسی (ایرانیکی) شود؛
- نام آثار خُرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛

- شماره صفحه ارجاعی و احیاناً جلد درج و بین آن دو با اسلش فاصله انداخته شود.

۲. چگونگی تنظیم و اجزای اصلی در ساختار منابع

- قسمت‌های اصلی منابع با نقطه جدا می‌شود؛
- نام خانوادگی و نام کوچک صاحب اثر به صورت کامل درج شود؛
- نام آثار کلان (مانند کتاب و مجله) مایل نویسی (ایرانیکی) شود؛
- نام آثار خرد (مانند مقاله) در گیومه درج شود؛
- نام مترجم، تحقیق کننده و تصحیح کننده (در صورت وجود) به ترتیب نام کوچک و نام خانوادگی درج شود؛
- در مورد کتاب مشخصات مکان نشر و ناشر (بدون به کار بردن واژه ناشر) و سال نشر درج شود.
- در مورد مقاله دوره نشر، شماره نشریه، سال انتشار، صفحات آغاز و پایان مقاله درج شود.

نمونه‌های ارجاع:

توجه: اجزای اصلی پانویس با ویرگول و اجزای اصلی در فهرست منابع با نقطه جدا می‌شود.

کتاب:

- ✓ در پانویس: علامه حلی. قواعد الاحکام ۱۴/۳
- ✓ در فهرست منابع: علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

مقاله:

- ✓ در پانویس: مصطفوی فرد، «حاکمیت پارادایم عدم حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقه‌های شیعی سده ۷ تا ۱۴۰۰»
- ✓ در فهرست منابع: مصطفوی فرد، حامد. «حاکمیت پارادایم عدم حجیت اخبار آحاد بر گفتمان فقه‌های شیعی سده ۷ تا ۱۴۰۰»، فقه و اصول. دوره ۵۰، ش ۱۱۳، پاییز ۱۳۹۷، ۱۳۵ تا ۱۵۹.

سایر ملاحظات ارجاع دهی و استناد

۱. فقط برای نویسنده اول در فهرست منابع نام خانوادگی پیش از نام کوچک می‌آید. در کتاب‌ها و مقالات با دو و سه نویسنده، نویسنده دوم و سوم به ترتیب با نام کوچک و نام خانوادگی و برای بیش از سه نویسنده، نام نفر اصلی + و دیگران درج شود.

✓ نمونه: قنواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور. حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول. تهران: سمت، ۱۳۷۹.

۲. در مورد تقریرات درس، لازم است در منابع پایانی اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) به عنوان پدیدآورنده ذکر شود.

✓ نمونه: صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الاصول. مقرر: هاشمی شاهرودی.

در ارجاع پانویشت نام مقرر لازم نیست افزوده شود.

۳. ارجاع به منابع لاتین به زبان اصلی انجام شود.

نمونه:

✓ در پانویشت: Davis, *Meaning Expression and Thought*, 67.

✓ در منابع: Davis, Wayne A. *Meaning Expression and Thought*. Cambridge University Press, 2002.

۴. در ارجاع به منابع اینترنتی آدرس کامل صفحه موردنظر به همراه تاریخ دسترسی درج شود.

✓ نمونه: روش عقلانی در سیره علمی شیخ صدوق؛ <https://hawzah.net/fa/Article/View/۱۰۶۱۳۴> (دسترسی در ۱۴۰۲/۲/۲۰)

۵. عدد ارجاعات در سراسر مقاله پیوسته است و شماره پانویشت‌های هر صفحه نباید از نو آغاز شود.

۶. همه اعداد توک (= بالانویسی شده) پس از علائم نگارشی درج شود.

۷. در ارجاعات، ترجیحاً از «همان»، «همانجا» و «همو» استفاده نشود.

۸. در ارجاع به آیات قرآنی در پانویشت اسم سوره و شماره آیه ذکر شود و میان آن دو، دو نقطه قرار گیرد. بقره: ۲۸۲

۹. برای نوشتن صفحات آغاز و پایان منبع مدنظر به هیچ وجه خط تیره نیاید: ۱۷۹ تا ۱۸۰.

۱۰. یادداشت‌های توضیحی بیشتری که به نظر مؤلف ضروری است، با قراردادن توک در محل، در پانویشت همان صفحه درج شود. در این یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از ضابطه مربوط به ارجاع در پانویشت پیروی شود.

۱۱. ضروری است فهرست منابع بجز کتب مقدس، به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق بر مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) تنظیم شود.

۱۲. منابعی که در اصل به زبان فارسی و دارای چکیده انگلیسی هستند، بعد از برگرداندن به انگلیسی، با درج عبارت (in Persian with English abstract) در انتها مشخص شوند.

۱۳. منابعی که در اصل به زبان فارسی هستند و چکیده انگلیسی ندارند، بعد از برگرداندن به انگلیسی، با درج عبارت (in Persian) در انتها مشخص شوند.

۱۴. برای مقاله‌های منتشر شده که DOI دارند، آوردن DOI در پایان هر منبع الزامی است. DOI با آدرس دقیق ذکر شود.

۱۵. نویسه‌گردانی در این نشریه، بر پایه راهنمای جدول «IJMES»^۵ است. توضیحات بیشتر در این صفحه^۶ قابل مطالعه است. تمام منابع پایانی مقاله باید دقیقاً نویسه‌گردانی شود. نشریه مقالات پذیرفته‌شده را برون‌سپاری خواهد کرد و هزینه نویسه‌گردانی بر عهده نویسنده است.

۴. تاریخ‌نویسی

تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای بیایند، در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری، علامت اختصاری ق و برای میلادی، نشانه م بیاید.

نکته: همیشه و در همه جا در صورت لزوم ماه به حروف و چسبیده به روز و سال بیاید: ۱۲ فروردین ۱۳۹۰.

۵. قلم متن

توصیه می‌شود، حتی المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، تولید شده توسط شورای عالی اطلاع‌رسانی^۷، استفاده شود.

⁵ <https://www.cambridge.org/core/services/aop-file-manager/file/57d83390f6ea5a022234b400/TransChart.pdf>

⁶ <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-middle-east-studies/information/author-resources/ijmes-translation-and-transliteration-guide>

⁷ <http://earmin.com/files/Standard-IRFonts-eArmin.com.zip>

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۱	نگاهی نو به جایگاه عدالت شاهد و طُرُق احراز آن، در فقه و حقوق ایران دکتر محمدمهدی الشریف - رضا قاسمی رستمی - دکتر سیدمحسن قائم‌فرد - سیدوحید صادقی
۳۵	ماهیت و آثار درج شرط بیفایده در قراردادها امیرمحمود امینی - دکتر رحیم پیلوار - احمد صابری مجد
۶۱	تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی دکتر منصوره بکایی - دکتر محمدتقی فخلعی - دکتر سیدمحمدهادی قبولی درافشان
۸۷	تفسیر قرآن و قانون اساسی؛ مشابهت‌های سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا دکتر رضا پورمحمدی
۱۱۵	نقد تخصیص توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به غرق‌ی و مهدوم‌علیهم (بر پایه مناسبات لفظی اخبار) سیده ریحانه رضاییان - دکتر محمدرسول آهنگران - دکتر محمد جعفری هرنندی
۱۳۹	تأثیر بیماری آلزایمر بر وجوب و صحت نماز دکتر سهیلا رستمی - دکتر وریا حفیدی
۱۷۱	بازپژوهی معناشناختی «مال» از منظر فقه امامیه دکتر جواد سلطانی‌فرد - دکتر احمدعلی یوسفی - دکتر احمد محمدی
۲۰۱	واکاوی معنای عفت در دانش فقه و اخلاق دکتر مهدی شجریان
۲۳۳	نقد روش‌شناختی تمرکز بر متن خطابات شرعی در مقام استظهار از ادله نقلی دکتر مهدی گرامی‌پور - مصطفی جمال بافقی
۲۵۵	حجیت اصل مثبت با درنگ در روایات احسان مهرکش



A New Perspective on the Status of a Witness's Moral Integrity and Its Means of Verification in Iranian Law and Jurisprudence

Dr. Mohamad Mehdi Alsharif

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Reza Qasemi Rostami (Corresponding Author)

PhD Student of Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Email: ghasemi.rostami@yahoo.com

Dr. Seyed Mohsen Qaem Fard

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Seyed Vahid Sadeghi

PhD Student of Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Abstract

The Note to Article 195 of the Islamic Penal Code states, albeit in vague terms, that merely having a “good outward appearance” (*husn-i zāhir*) is insufficient for testifying the moral integrity of the witness. This Note states that affirming the uprightness and attesting the purity (*ta’dil* and *tazkiyah*) of a witness requires actual knowledge and certainty. However, given the jurisprudential foundations of this Article, it may be argued that unlike the case of attesting the purity (*shuhūd-i tazkiyah*), the judge can rely on the witness’s good outward appearance as a binding legal presumption (*amāra-yi ta’abbudi*) of their integrity and therefore accept their testimony as clearly valid (*bayyini-yi shar’i*). However, since social relations have expanded today, it is rare for a judge to personally know the witness by their good outward appearance and integrity and to speak of clear validity (*bayyini-yi shar’i*) and its binding evidentiary effects. Therefore, the judge is allowed to treat such testimonies as a judicial presumption (*amāra-yi qazā’i*), and with a rational and non-binding method of ascertaining the truth. In such cases, criteria such as the required number of witnesses and the type of conflict become irrelevant, and the value of the witness’s testimony depends on whether it convinces the judge to a degree of certainty or probability (*zann*).

Keywords: justice, witness, good outward appearance, public reputation (*shiyā*), social interaction, binding legal presumption, judicial presumption





HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	س ۵۷-ش ۲-ل ۱۱-۳۴
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۷	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۱۷
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.80737.1524	نوع مقاله: پژوهشی

نگاهی نو به جایگاه عدالت شاهد و طرق احراز آن، در فقه و حقوق ایران

دکتر محمدمهدی الشریف

دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

رضا قاسمی رستمی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

Email: ghasemi.rostami@yahoo.com

دکتر سیدمحسن قائم‌فرد

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

سیدوحید صادقی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

چکیده

تبصره ماده ۱۹۵ قانون مجازات اسلامی با بیانی مُغَلَق، اکتفا به «حسن ظاهر» را برای «شهادت» به عدالت گواهان ناکافی دانسته و تعدیل و تزکیه شهود را منوط به علم و اطمینان کرده است. هرچند باتوجه به مبانی فقهی این ماده می‌توان گفت که برخلاف شهود تزکیه، شخص قاضی می‌تواند به حسن ظاهر شاهدان به عنوان اماره تعبیدی بر عدالت آن‌ها اعتماد کرده و شهادت ایشان را بینه شرعی قلمداد کند؛ اما امروزه باتوجه به گسترده‌ی روابط اجتماعی، به ندرت موردی یافت می‌شود که قاضی، شاهدان را به حسن ظاهر و عدالت بشناسد تا بتواند از بینه شرعی و آثار اثباتی تعبیدی آن سخن گوید. از این رو به قاضی اجازه داده شده که به گواهی گواهانی که عدالت آن‌ها احراز نشده است، در حد یک «اماره قضایی» و طریق عقلایی و غیرتعبیدی کشف واقع ترتیب اثر دهد و در این صورت، دیگر بحث نصاب شهود و نوع دعوا مطرح نبوده و اعتبار گواهی گواهان در گرو انگیختن علم یا ظن برای دادرس خواهد بود.

واژگان کلیدی: عدالت، شاهد، حسن ظاهر، شیع، معاشرت، اماره تعبیدی، اماره قضایی.

مقدمه

می‌توان در میان ادله اثبات دعوی، برای شهادت شاهد جایگاه ویژه‌ای لحاظ کرد که از جمله نشانه‌های آن عبارت‌اند از: استناد درخور توجه متداعیین به آن و پذیرش اعتبار شهادت، به‌صورت تعبدی (به‌عنوان اماره‌ای تعبدی). اعتبار تعبدی بینه به این معناست که اعتبار شهادت در گرو ایجاد علم یا ظن شخص قاضی به مضمون گواهی نیست، پس برخلاف طرق عقلایی و غیرتعبدی، مانند تحقیق محلی و نظریه کارشناسی که تنها در صورتی که از آن‌ها یا حداقل به‌ضمیمه سایر قرائن علم حاصل شود، می‌توان به آن‌ها اعتبار داد، درباره بینه شرعی حتی اگر برای قاضی علم هم حاصل نشود باید به آن ترتیب اثر دهد. البته شارع چنین اثر خطیری را تنها بر شهادتی مترتب کرده است که واجد تمامی شرایط، از جمله شرط عدالت باشد.

عدالت در کنار سایر شروط معتبر، از جمله بلوغ، عقل، ایمان، طهارت مولد و ذی‌نفع‌نبودن در موضوع، همواره مورد تأکید بوده و در قوانین موضوعه، کتاب‌ها و مقالات مرتبط هم بررسی شده است. با این وجود، حداقل قضات در تحلیل ماهیت عدالت و چگونگی احراز آن با سردرگمی مواجه‌اند. برخی اصل را بر عدالت گواه گذاشته و تا دلیل محکمی بر فسق شاهد از سوی مدعی علیه اقامه نشود یا به تعبیر دقیق‌تر شاهد «جرح» نشود، تلاشی برای احراز عدالت نمی‌کنند. عده‌ای دیگر هم به محض روبه‌رو شدن با اشخاصی که در محضر دادگاه برای ادای شهادت حاضر شده‌اند، با طرح سؤالاتی که از بدیهیات شرعی به شمار می‌روند، به‌زعم خود در پی احراز عدالت گواه بر می‌آیند و البته در صورتی که به پاسخ درستی برای پرسش‌های خود روبه‌رو شوند، به شهادت شاهد به‌عنوان شاهد شرعی ترتیب اثر می‌دهند. این سبب شده است گاه محاکم بر شهادت کسانی که قانونگذار شهادت آن‌ها را اماره تعبدی قرار نداده، همان اثر را بار کرده و گواهی دو نفر را که عدالت آن‌ها محرز نیست، مستند حکم قرار داده است و این رویه بعضاً آثار جبران‌ناپذیری نیز به دنبال دارد. شاید به این علت است که شنیده می‌شود ادای شهادت در دادگاه‌ها به شغل پرسود عده‌ای تبدیل شده است که روزانه خود را در گوشه و کنار عدلیه به‌عنوان اجیر، مہیای ادای شهادت می‌کنند. از این رو، می‌توان ادعا کرد با وجود متونی که به نگارش درآمده است دست‌کم در بررسی قواعد حاکم بر ماهیت عدالت و شیوه‌های احراز آن، به شکلی که اثر عملی درخور اتکایی بر آن مترتب شود، تلاش علمی مؤثری صورت نگرفته است. همچنان‌که در مقالاتی از این دست بدون توجه به این مهم که

۱. مصطفوی، القواعد الفقهية، ۸۷/۲؛ وحید بهبهانی، مصابیح الظلام، ۴۵۳/۱؛ حسینی مراغی، العناوین الفقهية، ۶۵۰/۱.

۲. ماده ۱۷۵ قانون مجازات اسلامی: «شهادت شرعی آن است که شارع آن را معتبر و دارای حجیت دانسته است؛ اعم از آنکه مفید علم باشد یا نباشد.»

هم‌اکنون عمده چالش‌ها، نه راجع به تشتت آرا درباره مفهوم عدالت یا مباحث تئوریک از این دست؛ بلکه محور مواجهه با راه‌های احراز عدالت و تطبیق آن با وضعیت کنونی جوامع پدید آمده است، صرفاً به بررسی مفهوم عدالت یا حداکثر تشریح بعضی از راه‌هایی که فقها از آن‌ها به عنوان طرق احراز عدالت نام برده‌اند، صحبت به میان آمده و نه تنها در برخی از آن‌ها تلاشی برای تطبیق آن نظرات با مواد قانونی و تبیین روش‌های عملی برای فائق آمدن بر مشکلات عدیده محاکم در این خصوص صورت نپذیرفته است، در متونی هم که سعی بر ارائه راهکار شده، عملاً نتیجه درخور توجهی نمایان نشده است؛ آزمون و درصدد هستیم که برای چالش‌های مذکور، با ملاک قراردادن مقررات موجود و تفسیر آن‌ها به کمک آرای فقها مشخص کنیم عدالت چیست؟ در نظام حقوقی ایران کدام یک از تعبیر ارائه شده درباره ماهیت عدالت توسط قانونگذار پذیرفته شده است؟ چگونه می‌توان عدالت را در گواهان احراز کرد و راه‌های آن کدام‌اند؟ آیا لازم است که علم به عدالت، به صورت قطعی حاصل شود یا می‌توان به راه‌های دیگری نیز اکتفا کرد؟ اگر لازم است که به عدالت شاهد به صورت قطعی علم حاصل شود، آیا این به انسداد باب شهادت منجر نخواهد شد؟ با توجه به گستردگی جوامع و نادر بودن علم قاضی به عدالت شهود در پرونده‌های متعدد و لزوم علم به عدالت برای شهادت به تعدیل، آیا راهی وجود دارد که بتوان از شهادت‌های فاقد شرایط شرعی برای کشف حقیقت استفاده کرد؟ آیا شهادت عرفی کلاً فاقد اثر است یا از آن در حد اماره قضایی می‌توان استفاده کرد؟ به عنوان مقدمه باید گفت که در ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی و تبصره یک آن هر چند به لزوم وجود عدالت و احراز آن برای دادگاه با یکی از «طرق شرعی» تأکید شده، ولی ماهیت عدالت بررسی نشده است. قانون آیین دادرسی مدنی مانند قانون مدنی نیز بدون اشاره مستقیم به ماهیت عدالت، تنها خوانندگان را به مواد مرتبط در قانون آیین دادرسی کیفری سابق که هم‌اکنون نسخ شده، ارجاع داده است. وضعیت در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ هم تفاوت چندانی با دو قانون ذکر شده ندارد، زیرا نشانی از ورود قانونگذار به بحث عدالت شاهد در آن قانون نیز وجود ندارد. اما مسئله در قانون مجازات اسلامی کمی در بخش مربوط به ادله اثبات و فصل شهادت متفاوت است؛ در آنجا برای رفع ابهام در این باره احکامی وضع شده است که می‌تواند توجه به آن راه‌گشا باشد، لذا عمده مباحث در این مختصر نیز بر آن مبنا پایه‌ریزی خواهد شد. البته تذکر این نکته لازم است که هر چند جدیدترین قواعد راجع به عدالت در قانون مجازات اسلامی آمده است، لیکن این امر هرگز به معنای اختصاص آن‌ها به مسائل جزایی

۳. هلیسانی، میرحسینی، الهیان، «جایگاه عدالت شاهد و راه‌های احراز آن در دعاوی با تأکید بر جرح و تعدیل»، ۱؛ ارژنگ، «بررسی تحلیلی مفهوم عدالت شاهد»، ۳۳؛ پیلهور، «واکاوی مفهوم عدالت و استقرار راه‌های احراز عدالت شهود از منابع فقهی»، ۲۷.

۴. ماده ۱۳۱۳؛ در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است. تبصره ۱. عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود.

نیست.

۱. مفهوم عدالت

در اصطلاح فقها عدالت به معانی مختلفی آمده است:

أ. اسلام و عدم ظهور فسق: این قول به شیخ طوسی نسبت داده شده که وی در کتاب خلاف، عدالت را معادل با ظهور اسلام و عدم ظهور فسق دانسته است. براین اساس همین که کسی به اسلام معروف و جرح نشده باشد، می‌توان براساس شهادت وی حکم کرد و نیاز به فحص هم نیست؛ چراکه اصل بر عدالت اوست. اما بسیاری از فقها گفته‌اند: مراد شیخ از این تعبیر، نه بیان مفهوم عدالت، بلکه تشریح طریق احراز عدالت بوده است که در این صورت اساساً این دیدگاه را باید از شمار دیدگاه‌های مربوط به مفهوم عدالت حذف و در کنار طرق احراز عدالت از آن قرار داد. ^۵ باتوجه به مخالفت این دیدگاه با مسلّمات مذهب، بعید نیست که مراد شیخ طوسی از اسلام و عدم ظهور فسق، همان حسن ظاهر باشد؛ به این معنا که حسن ظاهر، عدم ظهور فسق در فرض وجود موضوع است.^۶

ب. حسن ظاهر: این دیدگاه نیز به قدمای فقها یا مشهور نسبت داده شده است. به اینکه عدالت همان حسن ظاهر باشد به این صورت ایراد شده است که: عدالت صفتی باطنی است و تفسیر عدالت به حسن ظاهر خلاف متبادر از لفظ عدالت است، پس اگر بر مردم کشف شود که شخص دارای حسن ظاهر، در باطن خود اهل فسق بوده است، بدون تردید او را عادل نمی‌دانند، درحالی که اگر عدالت همان حسن ظاهر می‌بود، کشف فسق باطنی مجوز سلب عنوان عدالت از شخص نمی‌شد. بسیاری از فقها به دلیل وجود این اشکال اساسی گفته‌اند: مقصود کسانی که عدالت را به معنای حسن ظاهر گرفته‌اند، این نیست که عدالت همان حسن ظاهر است، بلکه مراد آن‌ها این است که باوجود حسن ظاهر می‌توان حکم به عدالت کرد. در واقع حسن ظاهر نه خود عدالت، بلکه طریقی برای احراز آن است. ^۷ لدر این باره به زودی سخن خواهیم گفت.

ج. دیدگاه مشهور بین متأخران این است که «عدالت» ملکه راسخه یا کیفیت نفسانی است که باعث مراعات تقوا و عمل به واجبات و ترک محرمات می‌شود. ^۸ البته برخی تعبیر به کیفیت و گروهی اشاره به ملکه یا هیئت یا حالت راسخه کرده‌اند که همگی به یک معناست.

۵. سبحانی، نظام القضاء و الشهادة، ۲۶۹/۱.

۶. آملی، الاجتهاد و التقليد، ۱۹۸.

۷. موسوی قزوینی، رسالة فی العدالة، ۲۰.

۸. خویی، موسوعة، ۲۱۱/۱.

د. عدالت عبارت است از: نفس اجتناب از کبائر یا معاصی یا استقامت در انجام واجبات و ترک محرمات. در این دیدگاه آنچه مدنظر است جنبه خارجی رفتار شخص است و به این توجه نمی‌شود که منشأ آن ملکه‌ای راسخه در نفس باشد یا نه. شیخ انصاری این نظر را به برخی از معاصران خود و ابن‌ادریس و ابن‌حمزه نسبت داده است.^۹ ویژگی این تعریف، حذف ملکه از تعریف عدالت است؛ به این معنا که لازم نیست منشأ ترک معاصی، وجود ملکه یا صفت نفسانی باشد، هرچند معمولاً بین استقامت در جاده شرع و وجود ملکه عدالت ملازمه وجود دارد. براین اساس، همین که شخص معاصی را ترک کند، برای صدق عدالت کافی است. گرایش به این دیدگاه در بین فقیهان معاصر نیز مشهود است.^{۱۰}

ه. عدالت، استقامت فعلی در ترک معاصی است که منشأ آن وجود ملکه نفسانی است. این دیدگاه را شیخ انصاری از کلمات برخی از فقها استظهار کرده است.^{۱۱}

باتوجه به اینکه دیدگاه اول و دوم ناظر به طریق احراز عدالت بودند و دیدگاه سوم و پنجم هم به دلیل اینکه یکی عدالت را به سبب و دیگری به مسبب تعریف کرده بود ولی هر دو اقتران ملکه یا صفت باطنی و عمل را لازم می‌دانستند به یک معنا باز می‌گردند؛ می‌توان نظرات اصلی موجود در باب عدالت را در دو دیدگاه خلاصه کرد: عقیده مشهور، که عدالت را ملکه راسخه‌ای می‌داند که سبب اجتناب از معصیت می‌شود و دیدگاهی که مجرد استقامت عملی در ترک معاصی یا استقامت در جاده شرع را عدالت می‌شمارد؛ خواه ناشی از ملکه راسخه در نفس باشد، خواه نباشد.

و. دیدگاه منتخب قانونگذار: شاید از لحن و عبارات ماده ۱۸۱ قانون مجازات اسلامی بتوان تمایل به دیدگاه چهارم، یعنی دیدگاهی که عدالت را به استقامت عملی در اجتناب از معاصی تعریف می‌کند، استفاده کرد. به موجب آن ماده، «عادل کسی است که در نظر قاضی یا شخصی که بر عدالت وی گواهی می‌دهد، اهل معصیت نباشد. شهادت شخصی که اشتهار به فسق داشته باشد، مرتکب گناه کبیره شود یا بر گناه صغیره اصرار داشته باشد، تا احراز تغییر در اعمال او و اطمینان از صلاحیت و عدالت وی پذیرفته نمی‌شود.»

در ماده مزبور، از اشاره به تعبیر ملکه راسخه یا صفت یا حالت که کلمه کلیدی در دیدگاه مشهور است، خودداری و از عبارت «اهل معصیت نباشد» استفاده شده است که تقریباً برابر با تعریف استقامت

۹. انصاری، کتاب الصلاة، ۲/۲۵۳.

۱۰. خویی، منهاج الصالحین، ۹/۱؛ روحانی، استفتانات، ۱/۱۴؛ طباطبایی قمی، الدلائل فی شرح منتخب المسائل، ۱/۲۷؛ گرامی، التعلیقه علی تحریر الوسیلة، ۱/۱۵.

۱۱. جمعی از پژوهشگران، مستند تحریر الوسیلة، ۳۶۵.

۱۲. خویی، موسوعة، ۲/۱۱۱.

الشریف و دیگران؛ نگاهی نو به جایگاه عدالت شاهد و طُرُق احراز آن، در فقه و حقوق ایران/۱۷

عملی در ترک معاصی است. باتوجه به اینکه فقیه بزرگ، خوئی^{۱۳} و برخی دیگر از فقهای معاصر^{۱۴} همین طور هاشمی شاهرودی که اتفاقاً در تدوین قانون مجازات نیز مداخله جدی داشته است، از باورمندان به دیدگاه استقامت عملی بوده‌اند؛^{۱۵} بعید نیست که قانونگذار در تدوین ماده ۱۸۱ از دیدگاه این دسته از فقها تبعیت کرده باشد.

۲. احراز عدالت

بحث از احراز عدالت در دیدگاه منسوب به شیخ طوسی که در آن مادام که فسقی ظاهر نشده، انسان مسلم، عادل تلقی شده، منتفی است؛ زیرا بر آن اساس اصل بر عدالت است و نیازی به احراز آن نیست، بلکه آنچه محتاج احراز است ظهور فسق است. اما چنان که گفتیم این دیدگاه در بین فقها متروک و خلاف مشهور یا خلاف مذهب شمرده شده است.^{۱۶} اما بر مبنای سایر دیدگاه‌ها عدالت امری وجودی و نیازمند اثبات است. قانونگذار نیز به تبع قول حاکم در فقه عدالت را نیازمند اثبات شمرده است. در تبصره ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی آمده است: «عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود.» لکن از آنجایی که راه‌های احراز در متون قانونی تصریح نشده است، چاره‌ای جز مراجعه به فقه برای یافتن آن‌ها وجود ندارد.

راه‌های احراز عدالت در منابع فقهی همانند احراز سایر موضوعات خارجی است، با این تفاوت که در بحث احراز عدالت، طریق دیگری به نام «حسن ظاهر» نیز معتبر شمرده و بر طرق متعارف احراز موضوعات خارجی، همچون بینه و شیاع افزوده شده است. در اغلب کتب فقهی از این موارد به عنوان راه‌های احراز عدالت نام برده شده است: شهادت عدلین بر عدالت، شیاع و معاشرت و حسن ظاهر. اما در بحث طرق احراز عدالت، چند موضوع مهم نیز وجود دارد که باید روشن شود: نخست اینکه آیا طرق یادشده انحصاری است یا اگر از طریق دیگری غیر از این نیز علم برای شخص حاصل شود، برای احراز عدالت کافی است؟ اینکه آیا اعتبار آن‌ها منوط به حصول علم است یا اطمینان و علم عادی یا مطلق ظن نیز کفایت می‌کند؟ و بالاخره این مهم که آیا اعتبار حسن ظاهر در گرو افاده حداقل ظن به عدالت است یا اینکه حسن ظاهر طریقی تبعیدی است که حتی در فرض عدم حصول ظن نیز معتبر است؟

۱۳. خوئی، منهاج الصالحین، ۹/۱.

۱۴. تبریزی، منهاج الصالحین، ۱۱/۱؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ۱۵۳/۳؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ۱۵/۲؛ منتظری، التعلیقه علی العروة، ۶۶۲/۲؛ روحانی، استفتانات، ۱۴/۱؛ طباطبائی قمی، الدلائل فی شرح منتخب المسائل، ۲۷/۱؛ گرامی، التعلیقه علی تحریر الوسيلة، ۱۵/۱.

۱۵. هاشمی شاهرودی، منهاج الصالحین، ۱۶/۱.

۱۶. شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۰۳/۱۳.

۱.۲. محصور یا غیر محصور بودن طرق کشف عدالت

هرچند در اغلب کتب فقهی راه‌های چهارگانه‌ای برای احراز عدالت ذکر شده، اما با تأمل در مبانی اعتبار این طرق و بالأخص شیاع و معاشرت به‌خوبی معلوم است که در غیر امارات تعبدی، مانند بینه یا حسن ظاهر، بنابر نظر مشهور هر آنچه منشأ حصول علم شود معتبر است و اسباب حصول علم، فاقد موضوعیت هستند.^{۱۷}

حجیت ذاتی علم باعث می‌شود از هر طریقی که علم به عدالت تحصیل شود، معتبر باشد. اطمینان یا ظن متأخم به علم نیز هرچند حجیت ذاتی ندارد، اما حجیتی عقلایی و مورد امضای شارع است. پس اگر از هر طریقی اطمینان به عدالت نیز حاصل شود، برای حکم به عدالت و ترتب آثار آن کافی است.^{۱۸} لذا فقه‌ها وقتی از شیاع یا معاشرت به‌عنوان طرق احراز عدالت سخن می‌گویند، اغلب آن را به قید «مفید علم» متصف می‌سازند یا قیودی را در این طرق عقلایی ذکر می‌کنند که نوعاً ملازم با حصول علم قطعی یا عادی است؛ مثلاً غالباً معاشرتی را به‌عنوان طریق احراز عدالت شمرده‌اند که درازمدت باشد و به ارتباطات بیرونی و اجتماعی شخص منحصر نباشد. نتیجه آنچه گفته شد این است که طرق احراز عدالت منحصر به طرق منصوص نیست و مثلاً اگر از خبر عادل واحد یا ثقة واحد نیز علم یا اطمینان به عدالت حاصل شود، معتبر است. البته در فرضی که از خبر عادل یا ثقة واحد صرفاً ظن به عدالت حاصل شود، مسئله محل اختلاف است. برخی همچون خویی آن را معتبر می‌شمارند و^{۱۹} بسیاری دیگر هرچند خبر ثقة یا عدل واحد را در اثبات موضوعات خارجی حجت می‌دانند، اما این اعتبار را منحصر به موضوعاتی می‌پندارند که در آن‌ها نزاعی و حق کسی در میان نباشد.^{۲۰}

۲.۲. کفایت ظن مطلق در احراز عدالت؟

در خصوص ظن مطلق، از یک سو قول حاکم در بین اصولیان امامیه عدم حجیت است و تنها ظنون

۱۷. کاشف الغطاء، النور الساطع، ۱۳۸۱/۲.

۱۸. تعرف العدالة بأمور أحدها: بالعلم والقطع بأي سبب حصل سواء كان حصل بالتواتر أو الشیاع المفیدین للقطع بالعدالة أو بالاختیار الحاصل من الصحبة المتأكده الموجبه للاطلاع على الحال.

۱۹. خویی، موسوعة، ۲۴۳/۱ (ثم إنه لا فرق في حجية العلم الوجداني أو الاطمئنان العادي بين أسبابه، فلا فرق بين حصوله من الشیاع أو من غيره لأنه متى ما حصل للمكلف علم عادي أو وجداني بالعدالة أو غيرها، جاز له أن يرتب عليه آثار العدالة أو غيرها مما تعلق به علمه).

۲۰. یزدی، العروة الوثقی، ۳۷/۱؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۸/۱ (يعتبر في المفتی والقاضی العدالة و تثبت بشهادة عدلين و بالمعاشرة المفيدة للعلم أو الاطمئنان و بالشیاع المفید للعلم).

۲۱. خمینی، تحریر الوسیلة، ۴۵/۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱۸۳؛ مقدس اربیلی، مجمع الفائدة، ۷۳/۱۳.

۲۲. یزدی، العروة الوثقی و التعليقات علیها، ۳۰۴/۱.

۲۳. خویی، فقه الشیعة، ۲۰۰.

۲۴. سند، سند العروة الوثقی، ۲۸۱/۲.

خاص، مانند بینه که دلیل بر حجیت تعبدی آن‌ها وجود دارد، اعتبار دارند و ازسوی دیگر، در بحث احراز عدالت روایات به‌گونه‌ای است که برخی از فقها از آن‌ها چنین برداشت کرده‌اند که شارع برای مسدودنشدن باب شهادت، به طرق مفید ظن نیز اعتبار بخشیده است. مهم‌ترین فقیه‌ی که معتقد به حجیت طرق ظنی در باب احراز عدالت شده، شیخ انصاری است. وی معتقد است: اگر از معاشرت یا شیاع نیز ظن قوی به عدالت حاصل شود، کفایت می‌کند. ایشان اعتبار حسن ظاهر را نیز به‌عنوان طریق احراز عدالت، منوط به افاده ظن یا وثوق کرده است.^{۲۵}

دیدگاه شیخ ازسوی اغلب فقهای پس از وی پذیرفته نشده است.^{۲۶} مشهور فقیهان پس از او ازسویی افاده علم یا اطمینان را در طرق عقلایی مانند شیاع و معاشرت لازم می‌دانند و ازسوی دیگر، چنان‌که تفصیل آن در بحث حسن ظاهر خواهد آمد، حسن ظاهر را برخلاف صاحب مکاسب حتی اگر افاده ظن هم نکند به‌عنوان طریقی تعبدی در کنار بینه معتبر می‌شمارند.^{۲۷}

از تأمل در مواد قانونی بر می‌آید که قانونگذار ایران نیز در احراز عدالت، علم یا اطمینان یا طریق ظنی شرعی و تعبدی را لازم دانسته است. به‌موجب ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی: «عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود»، ماده ۱۸۱ قانون مجازات اسلامی نیز مؤید این ادعاست. به‌موجب این ماده: «عادل کسی است که در نظر قاضی یا شخصی که بر عدالت وی گواهی می‌دهد، اهل معصیت نباشد.» روشن است که در موردی که شخص ظن به عدالت کسی دارد، این ماده صادق نیست، به‌ویژه که در انتهای همین ماده تصریح شده است که در خصوص اشخاص گناهکار، تا احراز تغییر و «اطمینان» از صلاحیت و عدالت، شهادت پذیرفته نمی‌شود.

۳.۲. طرق احراز عدالت

۳.۲.۱. معاشرت

در اغلب کتب فقهی، مصاحبت و معاشرت با شخص در پیدا و پنهان زندگی او، به‌گونه‌ای که از وجود صفت عدالت در وی به‌دلیل اطلاع از خصلت‌های آشکار و نهان او و درنهایت، خوف فرد از خداوند متعال در ارتکاب معاصی و اعمال قبیح و انجام واجبات اطلاع حاصل شود، به‌عنوان یکی از طرق احراز عدالت نام برده شده است.^{۲۸} همان‌گونه که گفته شد، هر طریقی که از آن علم قطعی یا اطمینانی (علم

۲۵. انصاری، رسائل فقهیه، ۶۵.

۲۶. خویی، موسوعة، ۲۴۱/۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۸/۱.

۲۷. خویی، موسوعة، ۲۴۱/۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۸/۱؛ گرامی، التعلیقة علی تحریر الوسیله، ۱۵/۱؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۳۰۲.

۲۸. موسوی قزوینی، رسالة فی العدالة، ۱۱۷.

عادی) به عدالت حاصل شود می‌تواند از طرق کشف عدالت به شمار آید. لذا معاشرت اگر به گونه‌ای باشد که بتوان از طریق آن، علم یا اطمینان از عدالت حاصل کرد، از طرق اثبات عدالت است. به طور متعارف، از معاشرت کوتاه مدت یا در محیط‌های بیرونی (نه داخلی شخص) نمی‌توان از تقید شخص به اجتناب از معاصی آگاه شد. بر همین اساس، معمولاً معاشرت را با قیود «باطنی» و «مقادم» (دراز مدت) همراه می‌سازند. اما همان گونه که گفته شد، ملاک، حصول علم و اطمینان است و وجود این دو قید موضوعیت ندارد و از این باب ذکر شده است که نوعاً با وجود این قیود، علم یا اطمینان حاصل می‌شود، پس اگر از معاشرت کوتاه مدت با کسی یقین یا اطمینان به عدالت وی حاصل شد، همین برای ترتیب آثار عدالت کافی است و برعکس اگر فرد از معاشرت طولانی و داخلی با شخص به اطمینان به عدالت نرسید، ثمری ندارد. از این رو، در اغلب کتب فقهی معاصر به جای ذکر قیود یادشده، بر سببیت معاشرت بر علم و اطمینان تأکید و گفته می‌شود: «معاشرت مفید علم یا اطمینان» از طرق احراز عدالت است.^{۲۹}

براساس آنچه در خصوص عدم اعتبار مطلق ظن گفته شد، چنانچه از معاشرت، بیش از ظن به عدالت حاصل نشود، برای حکم به عدالت کافی نیست و نمی‌توان آن را مبنای ترتیب آثار عدالت قرار داد. آری، اگر در اثر معاشرت، حسن ظاهر شخص به معنایی که خواهد آمد احراز شود، در این صورت بنابر نظر کسانی که حسن ظاهر را اماره و طریق شرعی و تعبیدی کشف عدالت می‌دانند، می‌توان آثار عدالت را مترتب کرد. البته در این فرض، نه ظن و گمان حاصل از معاشرت، بلکه خود حسن ظاهر به دست آمده از معاشرت است که موضوعیت دارد و اماره شرعی بر حکم به عدالت تلقی می‌شود.

۲.۳.۲. شیاع (استفاضه)

مراد از شیاع یا استفاضه، اشتهاار شخصی به عدالت در بین مردم است. حجیت شیاع نیز در فرض حصول علم یا اطمینان، یا از باب حجیت ذاتی علم است یا حجیت عقلایی اطمینان، وگرنه به خودی خود دلیل خاصی بر اعتبار شیاع وجود ندارد. براین اساس، اغلب فقها شیاع مفید علم یا اطمینان را به عنوان یکی از طرق احراز عدالت ذکر کرده‌اند. هر چند فقهایی همچون شیخ انصاری که در خصوص عدالت، قائل به حجیت مطلق ظن یا حداقل ظن قوی هستند شیاع مفید ظن قوی را نیز از طرق کشف عدالت دانسته‌اند؛ با این استدلال که: «باتوجه به کثرت ابتلای جامعه به بحث عدالت، همچون لزوم عدالت در شهادت، اگر طرق کشف عدالت را منحصر به طرق قطعی کنیم، موجب انسداد باب شهادت و تعطیل حقوق مردم

۲۹. یزدی، العروه الوثقی و التعلیقات علیها، ۳۰/۴/۱.

۳۰. یزدی، العروه الوثقی، ۳۷/۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۸/۱.

۲.۳.۳. حسن ظاهر

در اسلام امور متعددی از مصادیق اصلی لزوم عدالت در شرع است، از جمله تصدی مرجعیت، تصدی امر قضا، امامت جمعه و جماعت و شهادت بر طلاق، شهادت در مقام اثبات موضوعات خارجی و به طور خاص، شهادت در امر قضا؛ چون امورات روزمره مردم با این مسائل گره خورده است و اگر قرار بود احراز عدالت منحصر در طرق مفید علم یا علم عادی و اطمینانی می‌شد، زندگی عادی انسان و به شکل خاص، امور قضا و شهادت دچار اختلال و موجب تعطیلی حقوق می‌شد. بنابراین در روایات زیادی، علاوه بر طرق علمی کشف موضوعات خارجی، همچون شیعاع و معاشرت و طریق تعبیدی کشف موضوعات خارجی، یعنی بینه که خود متوقف بر احراز عدالت شهود است، در خصوص احراز عدالت، حسن ظاهر نیز بر آن‌ها افزوده شده است. البته در اینکه این احادیث، ناظر به نوعی تسهیل و آسان‌سازی کشف عدالت است، میان فقها تردیدی وجود ندارد، اما در اینکه مراد از حسن ظاهر چیست و آیا حسن ظاهر را باید اماره‌ای تعبیدی قلمداد کرد که حتی با فرض عدم افاده علم یا ظن به عدالت نیز معتبر است یا اینکه اعتبار حسن ظاهر در گرو ایجاد حداقل ظن به عدالت است و بدون افاده ظن، حجیتی ندارد، در بین فقها اختلافات عمیقی وجود دارد که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۲.۳.۳.۱. مفهوم حسن ظاهر

حسن ظاهر، اصطلاحی خاص در فقه است و مراد از آن، معنای لغوی و ظاهری آن، یعنی آراستگی ظاهر شخص یا موجه بودن سیمای شخص که در یک نگاه به دست می‌آید، نیست. در روایات نشانی از استفاده از عین عبارت مزبور وجود ندارد اما از مجموع روایاتی که مضمون همه آن‌ها عادل قلمداد کردن شخص براساس اعتماد به ظواهر اعمال و رفتار وی بدون ضرورت تجسس و تعمق در باطن وی آمده، مفهومی به نام حسن ظاهر برداشت شده است؛ مانند این روایت: «در پنج چیز بر مردم لازم است که بر ظواهر اعتماد کنند: ولایات، ازدواج‌ها، ذبایح، شهادت و نسب.» سپس در ادامه درباره شهادت می‌فرماید: «فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً، جازت شهادته ولا يُسأل عن باطنه.»

براساس روایت مذکور، همین که از ظاهر شخص امنیت و اطمینان خاطر به دست آید، شهادت وی جایز است و نیازی به تفتیش از باطن نیز نیست. در این روایت، از تعبیر «ظاهر مأمون» استفاده و در روایات دیگر، از تعبیری از این دست استفاده شده است: «ساتر جمیع عیوب»، «معروف به صلاح»،

۳۱. انصاری، کتاب الصلاة، ۲/۲۷۲.

۳۲. وحید بهبهانی، مصابیح الظلام، ۱/۴۴۱؛ انصاری، رسائل فقهیه، ۱/۲۷۰.

«معروف به خیر» یا «کسی که در روابطش با مردم به آن‌ها ظلم نمی‌کند، دروغ نمی‌گوید و خلف وعده نمی‌کند».^{۳۳}

در روایات، التزام به شریعت و انجام واجب و ترک حرام را نیز مصداق حسن ظاهر دانسته‌اند.^{۳۴} برخی فقها حسن ظاهر را به مواظبت مکلف بر شریعات و طاعات و حضور در جماعات تعریف کرده‌اند.^{۳۵} شاید بهترین تعبیر برای حسن ظاهر، که با مضمون احادیث نیز تناسب بیشتری دارد، این است که حسن ظاهر عبارت است از: «شخص از منظر کسانی که با وی معاشرت و مصاحبت در غیر از آنچه تفتیش از آن‌ها جایز نیست دارد، عامل به وظایف و ترک‌کننده معاصی قلمداد شود.»^{۳۶} پس به‌طور خلاصه می‌توان گفت: کسی که در روابطش با افراد جامعه و معاشران خود فسقی از او ظاهر نمی‌شود و اموری که از وی آشکار می‌شود مطابق با موازین شرع است، واجد حسن ظاهر است و عادل محسوب می‌شود.

۲.۳.۳.۲. حسن ظاهر، طریق تعبدی یا اماره ظنی عقلایی؟

به‌دلیل پیش‌گفته؛ یعنی آسان‌گیری شارع در امر احراز عدالت، غالب فقیهان برای حسن ظاهر موضوعیت قائل‌اند و آن را حجتی شرعی و طریق تعبدی، نظیر بینه می‌دانند که حتی با فرض عدم‌افاده علم یا ظن نیز شارع بدان اعتبار بخشیده است. البته برخی در عین پذیرش حجیت تعبدی حسن ظاهر و عدم اعتبار حصول علم یا ظن از آن، در فرض ظن به خلاف، در اعتبار این طریق تشکیک کرده‌اند. در مقابل این دسته، فقیهانی قرار می‌گیرند که اعتبار حسن ظاهر را منوط به حصول ظن دانسته و معتقدند که شارع مقدس در این روایات نخواست است که طریقی تعبدی برای کشف عدالت جعل کند، بلکه باتوجه به تعذر یا دشواری بسیار حصول علم به عدالت، برای تعطیل‌نشدن حقوق و برهم‌نریختن نظام قضایی، ظن حاصل از حسن ظاهر را برای ترتیب آثار عدالت کافی دانسته است.^{۳۷}

۲.۳.۳.۲. اعتبار حسن ظاهر از منظر قانون

هرچند در اعتبار حسن ظاهر به عنوان یکی از طرق احراز عدالت اختلافی در بین فقها وجود ندارد؛ لیکن در هیچ متن قانونی صراحتاً از حسن ظاهر بدان عنوان نام برده نشده است. حتی به‌موجب تبصره ماده ۱۹۵ قانون مجازات اسلامی «در اثبات یا نفی عدالت، علم شاهد به عدالت یا فقدان آن لازم است و حسن ظاهر به‌تنهایی برای احراز عدالت کافی نیست» که ممکن است باتوجه به آن تصور شود که قانونگذار ایران

۳۳. حر عاملی، تفصیل و مسائل الشیعه، ۳۹۱/۲۷ تا ۳۹۶.

۳۴. آملی، الاجتهاد و التقليد، ۲۰۳.

۳۵. خمینی، تحریر الوسیله، ۸/۱.

۳۶. روحانی، فقه الصادق علیه السلام، ۱۳۵/۹.

۳۷. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامی، ۴۱۵/۳۴.

برخلاف فقه، حسن ظاهر را از دایره طرق احراز عدالت حذف کرده است، اما این تصور قطعاً درست نیست؛ زیرا اولاً اعتبار حسن ظاهر به عنوان یکی از طرق کشف عدالت در فقه امری مسلم است و قانونگذار ایران نیز که خود را مقید به رعایت شرع می داند، برخلاف مسلّمات فقه حکم نمی کند؛ ثانیاً خود قانونگذار در ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی مقرر داشته: «عدالت شاهد باید از یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود» و حسن ظاهر نیز بی گمان یکی از این طرق است و در ماده ۱۷۵ قانون مجازات اسلامی نیز شهادت شرعی را شهادتی محسوب کرده که «شارع آن را معتبر و دارای حجیت دانسته» که به صراحت از حکومت قواعد شرعی در باب شهادت سخن رفته است و همین، هرگونه احتمال قصد قانونگذار مبنی بر عدول از مقررات شرعی را منتفی می سازد؛ ثالثاً باتوجه به گسترش روزافزون جوامع و از بین رفتن روابط نزدیک جامعه های سنتی، حذف حسن ظاهر عملاً به حذف شهادت شرعی از سیستم قضایی منجر می شود، زیرا طرق علم آور شهادت، برای اکثر پرونده ها در روزگار ما و در جوامع بزرگ امروزی تقریباً محال عرفی است؛ رابعاً و مهم تر از همه، این تبصره مربوط به عدم کفایت حسن ظاهر در شهادت به عدالت است، نه عدم کفایت حسن ظاهر برای قاضی در احراز عدالت و چنان که به تفصیل در شرح این تبصره خواهد آمد، باتوجه به سوابق فقهی مسئله و منبع اقتباس آن، این ابداع به معنای نفی اعتبار حسن ظاهر به عنوان یکی از طرق احراز عدالت نیست و اتفاقاً برعکس، مؤید اعتبار حسن ظاهر، جز درباره شاهد تزکیه است.

بنابراین بدون تردید در نظام قضایی فعلی، چنانچه قاضی شهود معرفی شده را به حسن ظاهر بشناسد، می تواند آثار عدالت را بر آن بار کند و شهادت آنان را شهادت شرعی و حجت تعبیدی قلمداد کند. البته پوشیده نیست که حتی این طریق تعبیدی که سهل ترین طرق احراز عدالت است، در موارد بسیار اندکی کارگشاست؛ چراکه موارد کم و بلکه نادری را می توان سراغ گرفت که قاضی نسبت به هر دو شاهد پرونده شناخت شخصی داشته باشد و آن ها را به حسن ظاهر بشناسد. این وضعیت به ویژه در شهرهای بزرگ و به خصوص درباره قضات غیر بومی شدیدتر است.

۲.۳.۴. بینه (شهادت عدلین)

چنانچه قاضی از طریق شیاع یا معاشرت مفید علم یا حسن ظاهر نتواند عدالت شهود پرونده را احراز کند، طریق تعبیدی دیگری برای کشف عدالت وجود دارد و آن، اعتماد به بینه است. قاضی می تواند برای

۳۸. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.»

احراز عدالت شهود اصل، به شهادت دو عادل که عدالتشان برای وی محرز است، اعتماد کند. به این شهود، شهود تزکیه می‌گویند. در احراز عدالت شهود تزکیه همه آنچه درباره شاهد اصل گفتیم معتبر است؛ یعنی قاضی باید یا از طرق عقلایی مانند شیع و معاشرت به عدالت آنان پی برده باشد یا دست‌کم این شهود را به حسن ظاهر بشناسد.

۵.۳.۲. عدم کفایت حسن ظاهر در شهادت به عدالت

چنان‌که پیشتر اشاره شد، تبصره ماده ۱۹۵ قانون مجازات اسلامی، صرف حسن ظاهر شخص را برای شهادت به عدالت وی کافی ندانسته است. برای فهم این تبصره لازم است که استناد به حسن ظاهر را در سه موضع از یکدیگر تفکیک کنیم: موضع نخست، احراز عدالت شاهد، اصل ازسوی قاضی است؛ یعنی قاضی، خود، شاهد را به حسن ظاهر می‌شناسد که در این صورت به قول وی ترتیب اثر می‌دهد و حجیت قائل می‌شود. موضع دوم، جایی است که قاضی شهود اصلی را نمی‌شناسد اما گواهانی که برای تعدیل آن‌ها معرفی شده‌اند را به حسن ظاهر می‌شناسد؛ در این صورت نیز قاضی می‌تواند شهود تزکیه را عادل قلمداد کند و بر مبنای شهادت آنان به عدالت، عدالت شاهد اصل را احراز و براساس گواهی شاهد اصل، حکم دعوا را صادر کند؛ موضع سوم، موردی است که شهود تزکیه براساس حسن ظاهر شاهد اصل، به عدالت وی شهادت می‌دهند. آنچه محل اختلاف واقع شده و تبصره ماده ۱۹۵ نیز بدان اشاره دارد، موضع سوم است. مشهور فقها معتقد به عدم جواز تعویل به حسن ظاهر در مقام شهادت به عدالت هستند.^{۳۹} بنیان این دیدگاه ادله فراوانی است که در باب شهادت وارد شده و در آن‌ها بر ضرورت «علم قطعی» شاهد بر مورد شهادت تأکید شده است. برای مثال، در برخی روایات آمده است به چیزی شهادت مده، مگر اینکه مانند کف دستت به آن شناخت داشته باشی یا در روایت دیگر آمده: از پیامبر اکرم (ص) درباره شهادت پرسش شد و حضرت فرمودند: خورشید را می‌بینی؟ گفت: آری. فرمود: اگر مانند این بود شهادت بده، والا رها کن. در ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی نیز بر این مطلب تصریح شده است: «شهادت باید از روی قطع و یقین به نحوی که مستند به امور حسی و از طریق متعارف باشد، ادا شود.»

تبصره ماده ۱۹۵ قانون مجازات اسلامی از مسئله ۲۱ کتاب القضاء «تحریر الوسیله» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منابع تدوین قانون مجازات اسلامی اقتباس شده است. براساس مسئله مدّ نظر، در شهادت به عدالت دیگری، علم قطعی معتبر است؛ خواه از معاشرت درونی و درازمدت با شخص یا از طرق علم‌آور دیگر حاصل شده باشد. اما حسن ظاهر برای شهادت به عدالت کافی نیست، هرچند افاده ظن کند. در این

۳۹. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، ۴۱۳/۳۴.

مسئله علاوه بر حسن ظاهر، سایر طرق تعبدی، همچون بیّنه و استصحاب نیز برای شهادت به عدالت ناکافی دانسته شده است.^{۴۰}

نکته دقیقی که اندکی تأمل نیاز دارد، چگونگی حل تعارض ظاهری صدر و ذیل این مسئله درباره اعتبار حسن ظاهر است. برخلاف صدر، که سخن از بی اعتباری حسن ظاهر برای شهادت به عدالت سخن به میان آمده است، در ذیل تصریح شده است که حاکم می تواند به شهادت کسی که عدالت او براساس بیّنه یا استصحاب یا حسن ظاهر ثابت شده است، ترتیب اثر دهد. حل این تعارض، در تفکیک جایگاه و نقش حسن ظاهر در موضوع است. همان گونه که قبلاً نیز اشاره شد، مشکل حسن ظاهر مربوط به مقام ادای شهادت بر عدالت است، زیرا طبق نظر این دسته از فقها برای شهادت به عدالت، علم قطعی لازم است و حسن ظاهر، حداکثر یک طریق تعبدی کشف عدالت است و دلیلی بر امکان جایگزینی راه های وجدانی با طرق تعبدی وجود ندارد. اما ازسوی دیگر، شکی نیست که حسن ظاهر از طرق تعبدی کشف عدالت است و اگر کسی براساس حسن ظاهر عدالت کسی را احراز کرد می تواند آثار عدالت را بر آن بار کند. برای روشن شدن تفاوت این دو موضع، مسئله را در قالب مثالی ملموس بازگو می کنیم. فرض کنید کسی با دیگری مراده دارد و او را به حسن ظاهر می شناسد. حال چنین شخصی می تواند در تمام اموری که عدالت شرط آن دانسته شده است وی را عادل قلمداد کند و آثار عدالت را بر این احراز خود مترتب سازد؛ مثلاً می تواند که او را به عنوان شاهد طلاق قرار دهد یا به وی در نماز اقتدا کند اما اگر گفته شود بر عدالت این شخص نزد دادگاه گواهی بده، بر مبنای دیدگاه فقهی مورد بحث او نمی تواند به عدالت وی شهادت دهد، زیرا علم قطعی به عدالتش ندارد.

باتوجه به آنچه گفته شد دایره اثبات عدالت محدود و محدودتر می شود؛ زیرا مواردی که قاضی، شهود اصل را به عدالت نمی شناسد، امروزه تقریباً امری عمومی و غالبی است، لذا اینجاست که نوبت به شهادت شهود تزکیه می رسد. حال، اگر قاضی شهود تزکیه را به عدالت نشناسد، سلسله قطع و راه احراز عدالت شهود اصل مسدود می شود و اگر در موارد نادری، قاضی گواهان تزکیه را به طریقی به عدالت بشناسد، تنها در صورتی می تواند به شهادت آن ها به عدالت شاهد اصل ترتیب اثر دهد که شهادت آنان به عدالت شاهد اصل براساس طرق یقینی و قطعی و نه براساس حسن ظاهر باشد. البته واقعیت این است که این وضعیت

۴۰. خمینی، تحریر الوسیله، ۴۵۱/۲ «يعتبر في الشهادة بالعدالة العلم بها إما بالشّيع أو بمعاشرة باطنة متقدمة ولا يكفي في الشهادة حسن الظاهر ولو أفاد الظن، ولا الاعتماد على البيّنة أو الاستصحاب، وكذا في الشهادة بالجرح لا بدّ من العلم بنفسه، ولا يجوز الشهادة اعتماداً على البيّنة أو الاستصحاب، نعم يكفي الثبوت التعبدی كالثبوت بالبيّنة أو الاستصحاب أو حسن الظاهر لترتيب الآثار، فيجوز للحاكم الحكم اعتماداً على شهادة من ثبتت عدالته بالاستصحاب أو حسن الظاهر الكاشف تعبداً أو البيّنة»

راه حل جالبی دارد که در متن تحریر الوسیله بلافاصله پس از مسئله مذکور بدان اشاره شده است، ولی متأسفانه نویسندگان قانون آیین دادرسی کیفری از نقل آن کوتاهی کرده‌اند و آن عبارت است از اینکه: اگر شهود تزکیه صرفاً شاهد اصل را براساس حسن ظاهر می‌شناسند و ارتباط عمیق‌تر و یقینی‌تری ندارند، می‌توانند به جای شهادت به عدالت، شهادت به حسن ظاهر بدهند و همین که با شهادت شهود فرع، حسن ظاهر شاهد اصل برای قاضی احراز شد، قاضی می‌تواند آثار عدالت را بر آن مترتب کند و شهادت ایشان را بپذیرد. به بیان ساده‌تر، در این فرض به جای اینکه شهود فرع، بر عدالت شهود اصل گواهی دهند، که این متوقف بر علم وجدانی و قطعی است، بر حسن ظاهر آن‌ها که به آن علم قطعی دارند شهادت می‌دهند و چون علم به حسن ظاهر دارند، شهادت آن‌ها با مانعی روبه‌رو نیست و بر این مبنا در مرحله دوم، قاضی با احراز حسن ظاهر، آثار عدالت را بر شهود اصل مترتب می‌سازد.^{۴۱}

۳. متفرعات بحث عدالت شاهد

۳.۱. تکلیف قاضی در احراز عدالت

براساس آنچه از ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی به دست می‌آید و آن نیز در میان فقها قانونان بسیاری دارد، قاضی می‌تواند راجع به عدالت شاهد تحقیق کند، ولی درعین حال تکلیفی نیز در این خصوص ندارد. درحقیقت، اگرچه فقها با تکیه بر روایت وارد شده از نبی اکرم(ص)، که نشان می‌دهد در مواقعی که شاهدی مجهول الحال برای ادای شهادت حاضر می‌شد، آن حضرت دو نفر از اصحاب خاص خود را برای تحقیق در حال او و جرح و تعدیل وضعیتش نزد اقوام، آشنایان و همسایگان، گسیل می‌داشتند تا در خصوص تعهد شهود به واجبات و ترک محرمات تحقیق به عمل آوردند، قائل به جواز بررسی مجزا در باب عدالت شاهد هستند؛ ولی این را به معنای الزام قاضی نیز نمی‌دانند، بلکه در مقابل، به روشنی به عدم تکلیف او در این خصوص تصریح می‌کنند.^{۴۲}

۳.۲. اقرار مدعی علیه به عدالت شهود مدعی یا رضایت به آن

آیا اگر مدعی علیه به شهادت شخصی که قرار است علیه او شهادت دهد راضی باشد یا اقرار به عدالت او کند، دیگر تکلیفی برای قاضی به منظور تلاش برای احراز عدالت باقی نمی‌ماند؟ به نظر می‌رسد این استدلال تمام نیست و نمی‌توان اقرار را در زمره دلایل اثبات عدالت قرار داد؛ زیرا اولاً لزوم عادل بودن

۴۱. مؤمن قمی، مبانی تحریر الوسیله، ۲۲۲؛ فاضل لنگرانی، تفصیل الشریعه، ۱۸۳.

۴۲. خمینی، تحریر الوسیله، ۴۵۰/۲.

شاهد، از «احکام» شرع است، نه «حقوق» مدعی علیه.^{۴۳} بگذریم سخن، «اخبار شخص به ضرر خود»، قیدی مهم دارد و آن، تعریف «مُقَرَّبَه» در ذیل حقوق اشخاص است و این در حالی است که در اینجا عدالت شاهد، «حکم» شارع مقدس است نه «حق» شخص که بتوان در آن دخل و تصرف کرد. شاید به همین علت باشد که برخی «استزکاء» را جزو حقوق الله تلقی کرده‌اند؛ ثنائاً مدعی علیه با اقرار خویش، تنها خود را تسلیم اظهارات شاهد کرده است ولی این برای اثبات عدالت گواه کافی نیست، بلکه در هر حال عدالت باید توسط قاضی احراز شود و اقرار نیز کفایت از آن نمی‌کند.^{۴۴}

۳.۳. لزوم تفکیک بین شاهد شرعی و شاهد عرفی

واقعیت این است که طرق احراز عدالت، در عمل مصداق چندانی ندارند و اگر قاضی مقید به رعایت قیود و شرایط قانونی و شرعی شهادت باشد، به ندرت می‌تواند در عمر قضایی خود شهادتی را شرعی به شمار آورد؛ زیرا در جوامع امروزی و کثرت پرونده‌ها، احتمال اینکه قاضی، شهود تعرفه‌شده یا شاهدان تزکیه را به عدالت بشناسد، چیزی نزدیک به صفر است. حال با این اوصاف چه باید کرد؟ یک راه که از سوی برخی فقها تأیید شده است کنار نهادن شهود عرفی و صدور رأی براساس ادله و اصول دیگر است. طریق دیگر که متأسفانه امروزه بسیار شاهد آن هستیم، جایگزینی شاهد شرعی با شاهد عرفی است؛ به این معنا که دادگاه بدون رعایت ضوابط شرعی و احراز عدالت شهود، گواهی آن‌ها را استماع می‌کند و به این شهادت افراد مجهول الحال، ارزش شهادت شرعی می‌بخشد. با این وجود، قانونگذار راه میانه‌ای را تصویر کرده و با تفکیک میان امارات شرعی و تعبدی از امارات عقلایی به دادگاه اجازه داده است در جایی که شرایط شاهد شرعی وجود ندارد، به عنوان یک طریق عقلایی کشف واقع، گواهی گواهانی را که عدالتشان محرز نیست استماع کند و چنانچه از سخنان آنان علم یا ظنی حاصل شد که به ضمیمه سایر امارات عقلایی به علم منجر شد، برای این شهادت ارزش قائل شود. به تعبیر دیگر، برخلاف امارات تعبدی که حصری و موقوف به تصریح قانونگذار هستند، امارات قضایی یا همان امارات و طرق عقلایی در حقوق ما محصور نیست و هر امری که بتواند برای قاضی دلیل بر امری قلمداد شود، به عنوان اماره‌ای قضایی واجد اعتبار است.

به موجب ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی، «هرگاه ادله‌ای که موضوعیت دارد، فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد، می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرد، مشروط بر اینکه همراه با قراین و

۴۳. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۱۸۶.

۴۴. علامه حلی، تحریر الأحکام الشرعیه، ۱۳۲/۵.

۴۵. یزدی، تکملة العروة الوثقی، ۷۶/۲.

امارات دیگر موجب علم قاضی شود.»^{۴۶} براساس ماده اخیر، قاضی حداکثر می‌تواند به شهادت شاهی که عادل نیست در حدود اماره قضایی بها دهد و ناگفته پیداست که با این وضعیت، نه تنها اثر تعبدی برای شهادت متصور نخواهد بود، بلکه در نظر فقها این شهادت مردود است؛ چراکه در نظر ایشان شنیدن شهادت شاهد در هر حال منوط به احراز عدالت است، لذا اگر عدالت محرز نشد، با «طرح شاهد» دیگر شهادتش شنیده نمی‌شود، چه رسد به اینکه نوبت به مؤثر قلمدادکردن آن در ذیل اماره قضایی برسد.^{۴۷}

بالین حال، نمی‌توان به حکم قانون مجازات اسلامی ایراد وارد کرد و آن را خلاف شرع شمرد؛ زیرا براساس تفسیری که از منشأ علم قاضی ارائه کردیم و گفتیم که در طریق مخصوصی منحصر نیست، می‌توان پذیرفت که یکی از راه‌هایی که می‌تواند نوعاً علم‌آور به شمار آید، شهادت شاهد فاقد شرایط شرعی است و این دوراندیشی را باید از ذکاوت قانونگذار دانست، زیرا نگارندگان قانون هم دغدغه اعتباربخشی به شهادت را داشته‌اند و هم نمی‌خواستند که باب آن را به کلی مسدود سازند، پس راه وسط را برگزیدند و آن، همانا معتبرشمردن شهادت است نه به عنوان دلیلی که تعبداً دارای اثر است، بلکه به عنوان اماره‌ای قضایی که تنها زمانی اعتبار دارد که منجر به علم قاضی شود. پس دیگر با این وصف، نه دغدغه دشواری احراز عدالت و سوءاستفاده از آن باقی می‌ماند و نه بیم مسدودشدن باب شهادت می‌رود. به همین سبب است که می‌توان راه حل ذکر شده را بهترین چاره‌اندیشی در عصر حاضر دانست.

به هر روی، ضرورت دارد که رویه قضایی تکلیف خود را با شهادت شاهد معلوم سازد؛ چراکه نمی‌توان احکام شرعی پذیرفته شده قانون در باب شرایط شاهد، بالأخص تشریفات مربوط به احراز عدالت در او را مدّ نظر قرار نداد، ولی شهادت شاهد را در ذیل عنوان شهادت شرعی اخذ کرد یا اینکه بدون ورود جدی به بحث عدالت و اثبات آن، شهادت شاهد را شنید ولی به آن اثر تعبدی نداد؛ زیرا یا شرایط محرز است که باید به گواهی گواه حتی اگر اظهاراتش به علم قاضی منجر نشود ترتیب اثر داد یا اینکه اگر شاهد فاقد شرایط شرعی است، با ذکر دلایل آن به گفته‌هایش تنها به عنوان اماره قضایی توجه کرد و البته در این باره نوع سومی متصور نیست که شرایط احراز شود یا حداقل قاضی وارد آن‌ها نشود، ولی اثر شهادت به نظر او منوط شود. ظاهراً این رویه غلط در بسیاری از محاکم به برداشت نادرست قضات از ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی مرتبط می‌شود؛ آن جایی که گفته شده: «تشخیص ارزش و تأثیر گواهی با دادگاه است»، که از آن استنباط می‌شود، حتی اگر شاهد شرایط شرعی را داشت باز هم این قاضی است که مختار به ترتیب اثر دادن به آن یا نادیده گرفتن شهادت است.

در رد آن رویه باید گفت که هرچند ممکن است نتیجه مذکور از ظاهر ماده به دست آید ولی نباید این را صحیح دانست؛ زیرا اولاً در میان فقها کسی شکی ندارد در لزوم ترتیب اثردادن به صورت تعبدی به گواهی که حائز شرایط ادای شهادت است و براین اساس، اگر ابهامی نیز وجود دارد اصل ۱۶۷ قانون اساسی^{۴۷} تعیین تکلیف کرده است که با لحاظ آن باید مبنای مقبول فقها را ملاک عمل قرار داد؛ ثانیاً قانون مجازات اسلامی در بحث مربوط به شهادت شهود در ماده ۱۷۵ شهادت شرعی را در حال حجت دانسته است؛ خواه علم قاضی را در پی داشته باشد یا به علم او منجر نشود. این در حالی است که همان گونه که اشاره شد مباحث مزبور در آن قانون نیز خصوصیتی ندارد که شامل موارد غیرکیفری نشود.

بنابراین، با این کیفیت باید حکم ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی را این گونه تفسیر کرد که وقتی تعیین ارزش و تأثیر گواهی به دادگاه محول شده است، اگر شاهد فاقد شرایط شرعی باشد، دخالت دادگاه، نه تنها ارزیابی محتوای شهادت را شامل می شود، بلکه در بردارنده میزان اثرگذاری آن به عنوان قرینه قضایی که در علم قاضی مؤثر است نیز خواهد بود. اما اگر گواه حائز شرایط شرعی تشخیص داده شد، قاضی دادگاه فقط به لحاظ محتوایی و تطبیق اظهارات او با قضیه مورد تنازع می تواند وارد شود، ولی حقی در سنجش اثرگذاری آن در اصل موضوع و مواجهه با آن به شکل قرینه قضایی ندارد.

نتیجه گیری

قانونگذار ایران به تبع فقههای امامیه، شهادت را طریقی تعبدی برای کشف واقع قرار داده است، به گونه ای که حتی در فرض عدم افاده علم نیز قاضی موظف به اعتباربخشیدن به آن است. البته ترتب این اثر مهم منوط به رعایت شرایط لازم در باب شهادت است که از جمله مهم ترین آن ها، عدالت شهود است. در کتب فقهی برای عدالت تعاریف گوناگونی ارائه شده است که به نظر می رسد قانونگذار ایران هم اکنون از بین آن تعاریف، مفهوم «استقامت عملی در ترک معاصی یا استقامت در جاده شرع» را پذیرفته است. اما جدای از این ها آنچه مهم است، احراز عدالت گواهان توسط دادرس دادگاه و طرق احراز آن است. در فقه برای احراز عدالت، به شهادت عدلین بر عدالت، شیاع، معاشرت و حسن ظاهر اشاره شده است. در این راستا، اسباب حصول علم موضوعیتی ندارند، بلکه در غیرامارات تعبدی مانند بینة یا حسن ظاهر، هر آنچه منشأ حصول علم شود معتبر است.

۴۷. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

در امارات تعبدی، اغلب فقیهان برای حسن ظاهر موضوعیت قائل اند و آن را حجتی شرعی می دانند که حتی با فرض عدم افاده علم یا ظن نیز معتبر است. بنابراین، نظر قاضی می تواند حسن ظاهر را که طریق دستیابی به آن از سایر راه ها آسان تر است، به عنوان قرینه ای تعبدی به کار گیرد. اما علی رغم اعتبار حسن ظاهر در بین فقها و عدم نیاز به حصول علم یا اطمینان در خصوص آن، قانونگذار در تبصره ماده ۱۹۵ قانون مجازات اسلامی آن را به تنهایی برای احراز عدالت کافی ندانسته است که ابهام آور است. برای روشن شدن موضوع باید گفت که با توجه به مبانی فقهی این حکم، مسئله مربوط به عدم کفایت حسن ظاهر در شهادت به عدالت است، نه عدم کفایت حسن ظاهر برای قاضی در احراز عدالت. از این رو، گواهی که قصد دارد به عنوان شاهد ترکیه به عدالت شاهد اصل شهادت دهد باید علم وجدانی به عدالت داشته باشد. در مقابل، شخص قاضی می تواند براساس حسن ظاهر، عدالت شاهد را احراز کند؛ چراکه حسن ظاهر از طرق تعبدی کشف عدالت است و اگر کسی، از جمله قاضی براساس حسن ظاهر عدالت کسی را احراز کرد، می تواند آثار عدالت را بر آن بار کند.

همه این ها در حالی است که با وضعیت کنونی نظام اجتماعی و پیچیدگی های آن باید گفت که باز هم نمی توان به حصول شرایط شهادت شرعی گواهان نزد قضات محاکم امیدوار بود، لذا به همین علت است که نویسندگان قانون با بهره گیری از ظرفیت های فقه پویای امامیه چاره اندیشی کرده و شهادت اشخاصی که فاقد شرایط شرعی هستند را در ذیل قرینه قضایی به رسمیت شناخته اند که اگر این نبود شاید دیگر سخن گفتن از شهادت شاهد در زمره ادله اثبات دعوی تدبیری بیهوده پنداشته می شد.

منابع

- آملی، هاشم. الاجتهاد و التقليد. قم: دفتر نشر نوید اسلام. ۱۳۸۸.
- ارژنگ، اردوان. «بررسی تحلیلی مفهوم عدالت شاهد»، فقه و اصول. دوره ۳۷، ش ۱، اردیبهشت ۱۳۸۴، ۱۷ تا ۳۶.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. رسائل فقهیه. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ۱۴۱۴ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب الصلاة. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. ۱۴۱۵ق.
- پله ور، مرضیه. «واکاوی مفهوم عدالت و استقرار راه های احراز عدالت شهود از منابع فقهی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر. دوره ۱۳، ش ۲۷، تیر ۱۴۰۱، ۳۳ تا ۳۳. 10/22034/LAW.2021.32594.2246
- تبریزی، جواد. منهاج الصالحین. قم: مدین. ۱۴۲۶ق.
- جمعی از پژوهشگران. مستند تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۳۸۶.
- جمعی از پژوهشگران. موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام. قم: موسسه دائرة المعارف

فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت(ع). ١٤٢٣ق.

حر عاملى، محمدبن حسن. تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة. قم: آل البيت(ع) لاحيا التراث. ١٤١٦ق.

حسينى مراغى، عبدالفتاح بن على. العناوين الفقهية. قم: مؤسسة النشر الإسلامى. ١٤١٧ق.

خمينى، روح الله. تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمينى(قدس سره). ١٣٩٢.

خويى، ابوالقاسم. فقه الشيعة: الاجتهاد و التقليد. بى جا: بى نا. ١٤١١ق.

خويى، ابوالقاسم. منهاج الصالحين. قم: مدينة العلم. ١٤١٠ق.

خويى، ابوالقاسم. موسوعة. قم: مؤسسة احياء آثار الإمام الخوئى. ١٤١٨ق.

روحانى، صادق. استفتانات. قم: حديث دل. ١٣٨٨.

روحانى، صادق. فقه الصادق عليه السلام. قم: دار الكتاب، مدرسة امام صادق(ع). ١٤١٢ق.

سبحانى، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسة امام صادق(ع). ١٤١٨ق.

سند، محمد. سند العروة الوثقى: الاجتهاد و التقليد. تهران: دار الكوخ. ١٣٩٤.

سيستانى، على. منهاج الصالحين. قم: مكتب آيت الله العظمى سيد سيستانى. ١٤١٥ق.

شهيد ثانى، زين الدين بن على. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام. قم: مؤسسة المعارف الاسلامية. ١٤١٣ق.

طباطبائى قمى، تقى. الدلائل فى شرح منتخب المسائل. قم: محلاتى. ١٣٨١.

علامه حلى، حسن بن يوسف. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسة امام صادق(ع). ١٤٢٠ق.

فاضل لنكرانى، محمد. تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة: الاجتهاد و التقليد. قم: مركز فقهى ائمة اطهار(ع).

١٤٢٦ق.

فاضل لنكرانى، محمد. تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة: القضاء و الشهادات. قم: مركز فقهى ائمة اطهار(ع).

١٤٢٧ق.

كاشف الغطاء، على بن محمد رضا. النور الساطع فى الفقه النافع. نجف: الآداب. ١٣٨١.

گرامى، محمد على. التعليقه على تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمينى(ره). ١٣٩٠.

مصطفوى، محمد كاظم. القواعد الفقهية. قم: مركز جهانى علوم اسلام، دفتر برنامه ريزى و تدوين متون درسى.

١٣٨٤.

مقدس اردبيلى، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الازهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامى. بى تا.

منتظرى، حسين على. التعليقه على العروة. بى جا: بى نا. بى تا.

موسوى قزوينى، على. رسالة فى العدالة. قم: مؤسسة النشر الإسلامى. ١٤١٩ق.

مؤمن قمى، محمد. مباني تحرير الوسيلة: القضاء و الشهادات. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمينى(قدس

سر(ه). ۱۳۸۹.

هاشمی شاهرودی، محمود. منهاج الصالحین. قم: مکتب آیت الله العظمی سید محمود هاشمی. ۱۴۲۳ق.
هلیسانی، اسماء، سیداحمد میرحسینی، مجتبی الهیان. «جایگاه عدالت شاهد و راه های احراز آن در دعاوی با تأکید
بر جرح و تعدیل»، پژوهش های فقهی. دوره هشتم، ش ۱، مرداد ۱۳۹۱، ۱۶۱ تا ۱۸۳.
10/22059/JORR.2012.3599

وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل. مصابیح الظلام فی شرح مفاتیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه علامه
المجدد الوحید البهبهانی. ۱۴۲۴ق.

وحید خراسانی، حسین. منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر العلوم (ع). ۱۳۸۶.
یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. العروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۲۱ق.
یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. العروة الوثقی و التعليقات علیها. قم: مؤسسه السبطين علیهما السلام العالمیه.
۱۳۸۸.

یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب فروشی داوری. ۱۴۱۴ق.

Transliterated Bibliography

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar‘īyah ‘alā Mazhab al-Imāmiya*. Qum: Mū’assisah-yi Imām Ṣādiq(AS), 1999/1420.

Āmulī, Hāshim. *al-Ijtihād wa al-Taqlīd*. Qum: Daftar Nashr Navīd Islām. 1969/1388.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Rasā’il al-Fiqhiya*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāsht Shaykh A’zam Anṣārī. 1994/1414.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Ṣalāt*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Buzurgdāsht Shaykh A’zam Anṣārī. 1995/1415.

Arzhang, Ardavān. “Barrisī Taḥlīlī Maḥmūd ‘Adālat Shāhid”. *Fiqh va Uṣūl*. Durīh-yi 37, no. 1, Urdibihisht 2005/1384, 17-36.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a fi Sharḥ Tahrīr al-Wasīla; al-Ijtihād wa Taqlīd*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A’imah al-Aṭhār, 2005/1426.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī‘a fi Sharḥ Tahrīr al-Wasīla: al-Qaḍā’ wa al-Shahādāt*. Qum: Markaz-i Fiqh al-A’imah al-Aṭhār. 2006/1427.

Girāmī, Muḥammad ‘Alī. *al-Ta’liqa ‘alā Tahrīr al-Wasīla*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī, 2012/1390.

Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Maktab Āyat Allāh al-‘Uẓmā Sayyid Maḥmūd Hāshimī. 2002/1423.

Hilīsā ī, Asmā’, Sayyid Aḥmad Mīr Ḥusaynī, Muḥtabā Ilāhiyān. “Jāyghāh-i ‘Adālat Shāhid va Rāh-hā-yi Iḥrāz ān dar Da‘āvi bā Ta’kīd bar Jarḥ va Ta’dīl”, *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*. Durīh-yi 8, no. 1, Murdād 2013/1391, 161-183.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā’il al-Shi‘a ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. 1995/1416.

Ḥusaynī Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī. *al-‘Anāwīn al-Fiqhiyah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1996/1417.

Jam‘ī az Pazhūhishgarān. *Mawsū‘at al-Fiqh al-Islāmī Tibqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Mū’assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). 2002/1423.

Jam‘ī az Pazhūhishgarān. *Mustanad Taḥrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2007/1386.

Kāshif al-Ghiṭā’, ‘Alī ibn Muḥammad Riḍā. *al-Nūr al-Sāṭi‘ fī al-Fiqh al-Nāfi‘*. Najaf: al-Ādāb, 1962/1381.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Fiqh al-Shi‘a: al-Itihād wa al-Taqlīd*. S.l. s.n, 1991/1411.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Mawsū‘at*. Qum: Mū’assisa Iḥyā’ Āṣār al-Imām al-Khū’ī. 1997/1418.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madīnah al-‘Ilm. 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Taḥrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 1972/1392.

Muḥsin Qumī, Muḥammad. *Mabānī Taḥrīr al-Wasīlah: al-Qaḍā wa al-Shahādāt*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2011/1389.

Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. *al-Ta’līqā ‘alā al-‘Urwa*. s.l. s.n. s.d.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā’ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.

Mūsawī Qazwīnī, ‘Alī. *Risāla fī ‘Adāla*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.

Muṣṭafavī, Muḥammad Kāẓim. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: Markaz Jahānī ‘Ulūm-i Islām, Daftar Barnāmahrizī va Tadwīn Mutūn Darsī. 2005/1384.

Piliḥvar, Marẓiyih. “Vākāvi Maḥmūd ‘Adālat va Istiqrāy Rāh-hā-yi Iḥrāz ‘Adālat Shuhūd az Manābi‘ Fiqhī”,

Muṭāli'āt Huqūq Taṭbīqī Mu'āṣir. Durīh-yi 13, no. 27, Tīr 2023/1401, 1-33.

Rūḥānī, Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq(AS)*. Qum: Dār al-Kitāb, Madrisah-yi Imām Ṣādiq (AS). 1992/1412.

Rūḥānī, Ṣādiq. *Istiftā'āt*. Qum: Ḥadīth Dil. 1969/1388.

Sanad, Muḥammad. *Sanad al-'Urwa al-Wuthqā: al-Ijtihād wa al-Taqlīd*. Tehran: Dār al-Kūkh. 1974/1394.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-Ma'ārif al-Islāmiyya. 1993/1413.

Sistānī, 'Alī. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Maktab Āyat Allāh al-'Uzmā Sayyid Sistānī. 1995/1415.

Subḥānī, Ja'far. *Nizām al-Qaḍā' wa al-Shahāda fi al-Shari'a al-Islāmiya al-Gharra'*. Qum: Mū'assisa Imām Ṣādiq (AS), 1997/1418.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *al-Dalā'il fi Sharḥ Muntakhab al-Masā'il*. Qum: Maḥalātī. 1962/1381.

Tabrizī, Javād. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madyayn. 2005/1426.

Waḥīd Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *Maṣābiḥ al-Zalām fi Sharḥ Maḥāṭiḥ Sharā'y al-Islām*. Qum: Mū'assisa al-'Allāmah al-Mujaddid al-Waḥīd al-Bahbahānī, 2003/1424.

Waḥīd Khurāsānī, Ḥusayn. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madrisah-yi Imām Bāqir al-'Ulum(AS). 2008/1386.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *al-'Urwa al-Wuthqā wa al-Ta'liqāt 'Alayhā*. Qum: Mū'assisa al-Sibṭayn (AS) al-'Ālamīyah. 1969/1388.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2000/1421.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn 'Abd al-'Azīm. *Takmilat al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Kitābfurūshī Dāwarī, 1993/1414.



The Nature and Impacts of Inserting Ineffective Conditions in Contracts

Amir Mahmoud Amini (Corresponding Author)

PhD Student, Private Law, Department of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: amirmahmood.amini@ut.ac.ir

Dr. Rahim Pilvar

Assistant Professor of Private Law, Department of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran

Ahmad Saberi Majd

PhD Student, Islamic Jurisprudence and Law, Department of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

An ineffective condition is among the invalid conditions that do not nullify the contract, as mentioned in Paragraph 2 of Article 232 of the Civil Code. However, the law does not explicitly specify the criteria for considering a condition as ineffective, or its definition, examples, foundations, and enforcement in contracts. Given the disagreement among legal scholars whether or not a right of termination is established in the case of inserting an ineffective condition, analyzing this issue is of high importance. This is because if such a right exists, the promisee would have the right to annul the original contract. The present study, conducted through a descriptive-analytical method and based on the perspectives of *Imāmi* jurists and legal experts, concludes that an ineffective condition is one that neither brings profit nor serves to avert potential harm to the promisee or a third party. Also, the concept of benefit is not limited to financial gain, but also includes spiritual benefits and such benefits can remove a condition from being considered ineffective. In recognizing this type of condition, a combined objective-subjective criterion must be employed, and the condition enforcement includes that if it is ineffective from the outset, no right of termination is granted. However, if it becomes ineffective during the action and affects the economic value of the contract, a right of termination is established.

Keywords: ineffective condition, objective-subjective criterion, enforcement, right of termination





HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴، ص ۵۹ - ۳۵
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۷
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.84526.1648	تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸
	نوع مقاله: پژوهشی

ماهیت و آثار درج شرط بی‌فایده در قراردادها

امیرمحمود امینی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکده فارابی)، تهران، ایران

Email: amirmahmood.amini@ut.ac.ir

دکتر رحیم پیلوار

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکده فارابی)، تهران، ایران

احمد صابری مجد

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران (دانشکده فارابی)، تهران، ایران

چکیده

شرط بی‌فایده از جمله شروط باطل و غیرمبطل عقد است که در بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی بدان اشاره شده است؛ اما در قانون، ملاک بی‌فایده دانستن شرط، تعریف، مصادیق، مبانی و ضمانت اجرای درج آن در قرارداد به طور صریح مشخص نشده است. از آنجایی که میان صاحب نظران علم حقوق در رابطه با ایجاد یا عدم ایجاد حق فسخ در فرض درج شرط بی‌فایده اختلاف است، بررسی این موضوع بسیار حائز اهمیت است؛ چراکه اگر برای مشروطه حق فسخ وجود داشته باشد وی حق انحلال عقد اصلی را خواهد داشت. در این پژوهش با استفاده از شیوه توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از نظریات حقوق دانان و فقهای امامیه مشخص می‌شود که شرط بی‌فایده، شرطی است که نه باعث سود و نه علت دفع ضرر بالقوه برای مشروطه یا ثالث باشد و منظور از نفع، لزوماً سود مالی نیست؛ بلکه معنوی بودن نفع نیز آن را از شمار شروط بی‌فایده خارج می‌کند. در شناسایی این شرط باید از معیار نوعی-شخصی استفاده کرد و ضمانت اجرای درج شرط بی‌فایده این است که اگر از ابتدا بی‌فایده باشد، حق فسخ ایجاد نمی‌شود و اگر از میانه راه اجرای آن بی‌فایده شود و در ارزش اقتصادی قرارداد اثرگذار باشد، سبب ایجاد حق فسخ است.

واژگان کلیدی: شرط بی‌فایده، معیار نوعی-شخصی، ضمانت اجرا، حق فسخ.

مقدمه

اعمال حقوقی وسایل و ابزاری است برای ایجاد روابط خردمندانه اجتماعی. بنابراین، در وضع مقررات باید به اهداف، انگیزه‌ها و مقاصد خردمندانه ترتیب اثر داد. بر همین مبناست که در بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرطی که در آن نفع و فایده نباشد در زمره شروط باطل و غیرمبطل آمده است. علت باطل بودن آن است که اگر شرطی ضمن عقد درج شود و هدف عاقلانه‌ای را در پی نداشته باشد، بیهوده و التزام به آن نیز لغو است. دلیل غیرمبطل بودن این نوع شرط هم آن است که به اعتبار و ارکان اصلی عقد خللی وارد نمی‌کند.

هرچند مفیدبودن شرط مطابق با منطق صحیح حقوقی است و حقوق نباید در امور بی فایده ورود کند، در عمل، تمییز بی فایده بودن شرط کاری دشوار است. باید توجه داشت که قراردادها وسیله‌ای برای دنبال اغراض عقلایی در روابط میان مردم‌اند؛ از قبیل جلب مال و توزیع منفعت و ثروت و... هر امری که در عقد برای اشخاص سبب منفعت نشود محکوم به بطلان خواهد بود. قرآن کریم نیز یکی از ویژگی‌های مؤمنان را روی گردانی آنان از امور لغو دانسته است: «وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ»^۱

در این پژوهش ابتدا به این مسائل می‌پردازیم: تعاریف ارائه شده از این نوع شرط، مصادیق آن، مبنای بی فایده بودن شرط، ملاک و معیار بی فایده دانستن شرط، در صورت تردید در مفیدبودن یا نبودن شرط، اصل بر چیست؟ در نهایت، به ضمانت اجرای درج چنین شرطی در قراردادها می‌پردازیم و بررسی می‌شود که آیا درج این نوع شرط سبب ایجاد حق فسخ برای مشروطه می‌شود یا خیر؟

درباره پیشینه پژوهش نیز باید بیان داشت هیچ مقاله، کتاب یا رساله‌ای که مستقلاً به این موضوع پرداخته باشد، حتی در حقوق کشورهای غربی نیز یافت نشد. البته برخی همچون دکتر عیسی امینی در کتاب حقوق قراردادها، چاپ ۱۴۰۱ به صورت جزئی به آن اشاره و مثالی برای آن ذکر کرده است اما صحبتی از ضمانت اجرای درج چنین شرطی نشده است. گروهی دیگر نیز مانند دکتر کاتوزیان هرچند در کتاب «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم توضیح دقیقی در این خصوص داده است اما بیان نکرده است که اگر شرط در میان قرارداد بی فایده شود، حکم چیست.

۱. تعریف شرط بی فایده

ابتدا باید توجه داشت که فایده و نفع، معنایی واحد دارند و هرچند براساس قاعده «كَثْرَةُ الْمَبَانِي تَدِلُّ

۱. مؤمنون: ۳.

عَلَى كَثْرَةِ الْمَعَانِي»، هر لفظی که در قانون بیاید معنایی را به قانون اضافه می‌کند؛ اما این قاعده در بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م.ا.ج.ا.ش.دنی نیست.^۲ برخی معتقدند به شرطی بی‌فایده گویند که نتواند مشروطه یا ثالث را در موقعیت بهتری راجع به مشروط علیه قرار دهد و نیازی از نیازهای او را برطرف یا سودی برای وی حاصل کند.^۳ این تعریف هرچند به تعریف دقیقی نزدیک شده است اما مشخص نکرده که آیا شرط حتماً باید کسب سود کند تا بافایده باشد یا اینکه صرف دفع ضرر کفایت می‌کند.

عده‌ای بر این باورند که منظور عملی است که از انجام آن نفعی حاصل یا ضرری دفع نشود. البته لزومی ندارد که حصول نفع یا دفع ضرر حتماً بالفعل باشد، بلکه همین که عمل صورت گرفته سبب حصول نفع یا دفع ضرر بالقوه باشد نیز کفایت می‌کند. این گروه می‌پندارند سودی که از شرط حاصل می‌شود، اعم از نفع مادی یا معنوی است؛ یعنی اگر بتوان حتی نفع معنوی یا حیثیتی برای شرط تصور کرد، آن شرط دیگر بی‌فایده نیست.^۴ این تعریف با اینکه جامع‌تر و دقیق‌تر از تعریف پیشین است اما همچنان مشخص نکرده است که اگر شرطی درعین حال که نیازی را برآورده می‌کند اگر ضرری هم برساند، حکم آن چیست. برای مثال، پزشکی دارویی تجویز می‌کند که بیمار را از مرگ می‌رهاند اما این دارو عوارضی دارد که تا آخر عمر گریبان‌گیر بیمار خواهد شد. بنابراین، باید بررسی شود که میزان سودآوری شرط و ضرر آن چه تأثیری بر بی‌فایده یا بافایده بودن آن دارد.

بعضی می‌پندارند که شرط بی‌فایده، شرطی است که سبب حصول هیچ نیازی نشود یا اگر سودی می‌رساند، زیان آن بیش از منفعت یا مساوی با آن باشد؛ مانند شرط موهوم یا کاذب که نزد عقلا دارای منفعت نیست.^۵ نقدی به این تعریف وارد است؛ چراکه مشخص نشده که مراد از منفعت چه نوع از آن است، آیا الزاماً منفعت باید مالی باشد یا منفعت معنوی نیز، کافی است.

با بررسی تعاریف ارائه شده می‌توان گفت که شرط بی‌فایده آن است که نه سبب حصول نفع یا سبب دفع ضرری بالقوه برای مشروطه یا ثالث باشد و مراد از نفع، الزاماً منفعت مالی نیست؛ بلکه معنوی بودن نفع نیز آن را از شمار شروط بی‌فایده خارج می‌کند. در ضمن، نفع حاصل شده از شرط باید از ضرر آن بیشتر باشد تا شرطی بی‌فایده محسوب نشود.

البته باید در نظر داشت که صرف وجود تصور سود درباره معامله، به معنای وجود منفعت نیست. نفع

۲. بیگزاده، شرح مائذنی بر قانون مدنی، ۲۵۸.

۳. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۲۲/۱.

۴. ملکوتی، قواعد عمومی قراردادها، ۱۹۷/۱؛ مرتضوی، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۴.

۵. شهیدی، شروط ضمن عقد، ۱۰۰.

باید واقعی باشد، نه موهوم و تصویری. نبود هیچ ضرری، اعم از مادی یا معنوی در شرط مدّ نظر نیست و مهم، بیشتر بودن سود در برابر ضرر است؛ همان طور که مصرف بسیاری از داروها عوارض جانبی دارد ولی چون نفع استفاده از آن‌ها بیشتر از ضرر آن‌هاست، دارای منفعت عقلایی است.^۶

۲. مصادیق شرط بی فایده

برخی معتقدند: شروط بی فایده به ندرت متصور است و یافتن امری که هیچ فایده‌ای نتوان بر آن بار کرد، ساده نیست.^۷ گروهی نیز در تأیید نظر فوق معتقدند که در عمل بعید است طرفین قرارداد شرطی بی فایده را ضمن عقد بیاورند، مگر اینکه از نعمت عقل بی بهره باشند^۸ و در این باره از فقه و حقوق نمونه‌هایی یافت می‌شود که درخور بحث است.

از جمله شروط بی فایده‌ای که فقها بیان کرده‌اند این است که شرط شود مورد معامله با پیمانۀ خاص یا پیمان‌های نامتعارف سنجیده شود یا ضمن عقد بیع اسب، شرط شود فروشنده ده خروار تلخه به خریدار بدهد به تصور اینکه می‌توان تلخه را به عنوان خوراک به اسب داد، در صورتی که این تصور غلط و این شرط بی فایده است.^۹ اما باید توجه داشت که برای هریک از مصادیق مذکور می‌توان فایده‌ای یافت؛ مثلاً شاید پیمان‌های خاص از دقت بیشتری برخوردار است و باعث اطمینان خاطر شخص مشروطه می‌شود. درباره تلخه نیز هر چند برای خوراک اسب مناسب نیست، اما دارویی مفید و ضد التهاب است. بنابراین، هنگام بررسی مفید بودن شرط باید هدف و انگیزه طرفین نیز لحاظ شود.

مفید فایده بودن شرط در قراردادهای امروزی نیز موضوعی مهم است. درباره شرط محدودیت در تجارت، عده‌ای بر این باورند که اگر در قراردادی شرط شود یک طرف به تجارت خاصی با ثالثی که طرف قرارداد نیست در آینده مشغول نشود و این محدودیت، منافی برای مشروطه یا جامعه به ارمغان نیاورد، این شرط بی فایده و باطل است.^{۱۰} مثالی دیگر آنکه، در قرارداد بین وکیل دادگستری و موکل برای دفاع در پرونده‌ای موکل شرط می‌کند که وکیل هر روز در دادگاه مدّ نظر حاضر شود و از اقدامات دادگاه یا طرف مقابل آگاهی یابد. این شرط بی فایده است؛ چراکه با استفاده از خدمات الکترونیک اصولاً دیگر نیازی به حضور فیزیکی، آن هم هر روز در دادگاه نیست و اتفاقاً حضور بیش از اندازه ممکن است منجر به کدورت

۶. قربانی لاچوانی، مجموعه پرسش‌های چهارگزینه‌ای حقوق مدنی، ۱۷۸.

۷. امینی، حقوق قراردادها، ۲۷۳.

۸. صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۲۰۸/۲.

۹. امامی، حقوق مدنی، ۳۳۲/۱.

۱۰. شهیدی، باریکلو، «قرارداد عدم تجارت»، ۵.

خاطر کارمندان شعبه شود. شرط دیگری که امروزه در قراردادها متداول شده، درج برخی از شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف مانند شرط میانجی‌گری، سازش یا مذاکره است؛ بدین توضیح که، طرفین شرط می‌کنند قبل از ورود به مرحله قضایی در فرض بروز اختلاف، ابتدا فرایند میانجی‌گری، سازش یا مذاکره را انجام دهند و در صورت عدم حصول توافق به دادگستری مراجعه کنند. اما عده‌ای از حقوق دانان بر این باورند در فرض درج این نوع شروط، چه بعد از طی فرایند سازش یا میانجی‌گری و چه بدون انجام آن، هریک از طرفین حق دارد در صورت بروز اختلاف مستقیماً به دادگاه، که مرجع رسمی تنظیم خواهی است، مراجعه کند و توافق بر سازش، نافی صلاحیت عام رسیدگی در دادگاه‌ها نیست.^{۱۱} اما برخی دیگر بر این باورند که درج شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات، شرط فعلی است که همانند سایر شروط قراردادی، لازم‌الوفا و دارای ضمانت اجراست.^{۱۲} در این باره می‌توان به آرای متناقض دادگاه‌ها نیز اشاره کرد. در رویه قضایی ایران در موردی، دادگاه بدوی به استناد شرط سازش، که فرایند آن پیش از رجوع به دادگاه طی نشده، دعوی طرح شده را نپذیرفته و قرار عدم استماع دعوی صادر کرده است. شرط موضوع این دعوی، طرفین را ملزم می‌کرد تا پیش از مراجعه به دادگستری، به هیئتی با ترکیب خاص مراجعه و در صورت عدم حصول توافق به دادگستری رجوع کنند. با این حال، دادگاه تجدیدنظر چنین اثری را برای شرط سازش به رسمیت نشناخت. شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر تهران مقرر داشت: «...پیش‌بینی روال خاص برای سعی در سازش در قرارداد قبل از طرح دعوی، نافی صلاحیت عام دادگستری در رسیدگی به اختلاف طرفین حتی بدون انجام روال پیش‌بینی شده نیست، زیرا شرط مقرر در قرارداد شرط داوری نمی‌باشد؛ بلکه شرط اقدام به مصالحه است و چنین شرطی نافی صلاحیت عام محاکم در رسیدگی به دعوی نمی‌باشد.»^{۱۳}

در این زمینه اگر دیدگاه اول پذیرفته شود، درج شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف شرطی بی‌فایده خواهد بود؛ چراکه مفاد شرط، چه انجام شود چه نشود، هریک از طرفین حق خواهد داشت قبل از انجام آن ابتدائاً به محاکم قضایی مراجعه کند.

در نهایت و به عنوان نتیجه می‌توان دو نوع شرط بی‌فایده را در نظر گرفت: ا. شروط بی‌فایده‌ای که اصولاً بی‌فایده اما استثنائاً بافایده‌اند؛ مانند آنکه پدری ضمن عقد هبه به فرزند خود شرط کند هر روز آب حوض را خالی و سپس آن را پر کند. این کار اصولاً بی‌فایده است اما استثنائاً ممکن است برای آن فرزند نوعی ورزش باشد و در نهایت، سبب سلامتی بیشتر وی شود؛ ب. شروطی که در ابتدا بافایده است اما بعد از

۱۱. شکوهی زاده، «تأثیر شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات در سلب حق اقامه دعوی در حقوق ایران و فرانسه»، ۲۲۲.

۱۲. شیروی، کاظمی، «تحلیل اقتصادی مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری»، ۲۲۶.

۱۳. پژوهشگاه قوه قضائیه، ۲۲..

گذشت مدتی بی فایده می شوند. برای مثال، وکیل و موکل ضمن عقد وکالت شرط می کنند که وکیل برای یک سال هر هفته روزی را حضوری باید به شعبه دادگاه مربوط مراجعه کند و از جریان پرونده آگاه شود و برای این کار مبلغ پنج میلیون تومان اضافه می گیرد اما شش ماه پس از گذشت قرارداد، دفتر خدمات قضایی در سراسر کشور شکل می گیرد و همه ابلاغیه ها، اخطاریه ها و... اینترنتی می شود و دیگر نیازی به پیگیری حضوری نیست.

باید توجه داشت که برای رعایت عدالت قراردادی و منطق حقوقی هریک از انواع مذکور، شرط بی فایده نیاز به ضمانت اجرایی خاص دارد که در انتهای بخش، آثار درج شرط بی فایده بیان می شود.

۳. مبنای بطلان شرط بی فایده

از جمله مواردی که برای صحیح انگاشتن شرط ضروری است، وجود هدفی منطقی و عقلایی برای اندراج آن ضمن عقد است؛ چه این هدف عقلایی از دید عرف و عموم افراد جامعه باشد، چه از دید مشروطه یا حتی از دید ثالث. با بررسی فقهی این موضوع می توان دلایلی را برای بطلان شرط بی فایده یافت که در ادامه بررسی می شود.

۳.۱. ضرورت پرهیز از لغویت

برخی از فقهای امامیه بر این باورند که اگر شرط فاقد نفع و فایده عقلایی باشد، لغو است^{۱۴} و به همین دلیل مدّ نظر شارع نیست؛ مانند موردی که شارع دادن مال در برابر چیزی که منفعت عقلایی نداشته باشد را تنفیذ نمی کند. بنابراین، شرط بی فایده به لحاظ لغویت از شمول ادله لزوم وفای به شرط خارج و باطل است.^{۱۵} برخی از حقوق دانان نیز در تأیید نظر مذکور معتقدند: اگر شرط نفع و فایده ای نداشته باشد، باطل است؛ زیرا قانون گذار اجازه نمی دهد که اشخاص از روی هوا و هوس و بدون هدف منطقی و عقلایی شرطی در عقد درج کنند.^{۱۶} گروهی دیگر بیان داشته اند که مبنای بطلان شرط بی فایده این است که چنین شرطی نزد عقلا لغو و بیهوده است و امر بیهوده مورد تعهد و التزام قانونی قرار نمی گیرد و در روابط اجتماعی، افراد نسبت به آن داین یا مدیون شناخته نمی شوند.^{۱۷}

۱۴. انصاری، المکاسب، ۲/۲۰؛ شهید اول، الدروس الشرعية، ۳/۲۵۳؛ علامه حلی، قواعد الأحكام، ۲/۴۸؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۴/۲۲۵.

۱۵. ابن ادریس، السرائر، ۲/۳۰۷؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۲/۴۲۳؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۱/۳۳۱؛ حائری، شرح قانون مدنی، ۲۱۱.

۱۶. صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۲۰۸.

۱۷. شهیدی، شروط ضمن عقد، ۱۰۰.

۳.۲. شرط بی فایده سبب اکل مال به باطل می شود.

باید در نظر داشت که اصولاً شروطی که در معاملات درج می شود بر میزان ثمن معامله تأثیر می گذارد. بنابراین، اگر مقداری از ثمن در مقابل شرط واقع شده باشد و این شرط بی فایده متعلق غرض عقلایی نباشد، در حقیقت بذل مال در برابر آن، اکل مال به باطل است و درج این شرط در قرارداد جایز نیست.^{۱۸}

در نقد نظر فوق می توان بیان داشت: پذیرش این نظر مبتنی بر آن است که شرط، جزئی از عوضین یا در حکم یکی از دو عوض دانسته شود اما شرط، تعهدی تبعی است که در ضمن عقدی واقع می شود و از ارکان اصلی عقد یا عوضین نیست. می توان این گونه استدلال کرد که در مبنای اکل مال به باطل نیز لغویت شرط مدّ نظر است؛ زیرا علت اینکه اشراط امر بی فایده سبب اکل مال به باطل است عبارت است از اینکه این شرط بیهوده سبب شده مشروطه در برابر امری پوچ، قرارداد ببندد و مال خود را به مشروط علیه بدهد.

۳.۳. انصراف ادله لزوم وفای به شرط از مورد

عده ای از فقیهان نیز مطلقاً انصراف ادله لزوم وفای به شرط از شروط بیهوده را مبنای بطلان شرط بی فایده دانسته اند.^{۱۹} ایرادی که به این نظر می توان وارد کرد آن است که دلیل لزوم وفای به شرط (المؤمنون عند الشروط) مطلق است و انصرافی که این دلیل را مقید کند، تنها عدم صدق موضوع به نظر عرف نیست و در بحث ما بدون شک اطلاق شرط بر شروط بی فایده صادق است،^{۲۰} لذا ادعای انصراف ادله موجه نیست.

اگرچه لفظ شرط عرفاً شروط بی فایده را نیز در بر می گیرد؛ اما می توان انصراف را از جهت دیگری توجیه کرد؛ یعنی اینکه در (المؤمنون عند الشروط) لفظ «المؤمنون» مختص مؤمنان نیست، بلکه منظور، مردم و عقلاست و بدیهی است که عقلا شرطی را که عرفاً بی فایده باشد، درج نمی کنند.^{۲۱} بنابراین شرط بی فایده، منصرف از اطلاق دلیل لزوم وفای به شرط است.

۳.۴. منافی نظم حقوقی قراردادهاست.

گروهی از حقوق دانان بیان می دارند که شرط نیز همانند سایر اعمال حقوقی در محیط عقلا و اشخاص متعارف شکل می گیرد و اجرا می شود، از این رو نباید با اهداف و ضوابط عقلایی در تضاد باشد. مورد شرط

۱۸. روحانی، فقه الصادق، ۲۹۱/۱۴.

۱۹. خمینی، البیع، ۱۵۱/۵.

۲۰. روحانی، فقه الصادق، ۲۹۱/۱۴.

۲۱. خمینی، البیع، ۱۵۱/۵.

نباید منافعی غیرعقلایی و سفهی داشته باشد؛ چراکه قبول و تأیید چنین شرطی، نقض غرض و مغایر تأسیس و شناسایی اصل عمل حقوقی است. ضمانت اجرای غیرعقلایی بودن منافع مورد شرط، بطلان است. دلیل این حکم، ارتباط این شرط با نظم حقوقی قراردادها و اعمال حقوقی است.^{۲۲}

۳. ۵. سبب ورود خسارت است.

برخی از حقوق دانان بدین عقیده اند که دلیل بطلان چنین شرطی این است که این گونه از شروط بیش از آنکه نفعی برای یکی از طرفین داشته باشد، ممکن است سبب ایراد خسارت به یکی از آنان شود.^{۲۳} انتقاد وارد شده به این نظر این است که شرط بی فایده الزاماً سبب بروز خسارت نیست و در بسیاری از موارد نه باعث ضرر است نه دلیل سود و باین حال، باطل است؛ مانند موردی که فروشنده بر خریدار شرط کند که خریدار با یک چشم متن عقد را بخواند و امضا کند. طبیعتاً با یک چشم هم می توان قرارداد را خواند و ضرری ندارد، لذا ورود خسارت نمی تواند در تمامی موارد مبنای بطلان شرط بی فایده را توجیه کند.

برای نتیجه بحث می توان بیان داشت: از آنجایی که شرط نوعی قرارداد فرعی و تابع عقد است و در این خصوص اجرای تعهدات ناشی از عقد، هدف اولیه و اصلی از انعقاد قرارداد است و التزام به امر بیهوده و اجرا یا عدم اجرای آن اثری در وضعیت متعاقدين به بار نمی آورد و حتی از مشروطه ضایع نمی کند؛ بلکه حتی التزام به چنین امری موجب حقی برای وی نیست، می توان استدلال کرد که لغویت شرط بی فایده و عدم ترتیب اثری بر آن از مبانی بطلان شرط بی فایده است. انصراف ادله لزوم وفای به شرط را نیز می توان با استناد به لغویت شرط توجیه کرد؛ چراکه شارع مقدس الزام و التزامی را که مقصود عقلایی در پی ندارد، تنفیذ نمی کند. بنابراین، ممکن نیست امر به وفای چنین شرطی را به شارع که رئیس عقلاست نسبت داد و به این دلیل است که شرط بی فایده از شمول ادله لزوم وفای به شرط خارج است و واجب الوفا نیست. از طرفی باید توجه داشت که این شرط منافعی نظم حقوقی قراردادهاست؛ چراکه قبول و تأیید چنین شرطی نقض غرض و مغایر تأسیس و شناسایی اصل عمل حقوقی است.

۴. ملاک بی فایده بودن شرط

در باره ضابطه مفید بودن شرط می توان چهار دیدگاه ملاحظه کرد: دیدگاه صرفاً نوعی، دیدگاه صرفاً شخصی، دیدگاه عقلانی، دیدگاه نوعی-شخصی. این نظریات هرکدام بررسی و در نهایت نتیجه گیری می شود که کدام دیدگاه با موازین حقوقی سازگاری بیشتری دارد.

۲۲. رهپیک، حقوق مدنی پیشرفته، ۵۶ تا ۵۵.

۲۳. اصغری آقشهیدی، خاریکی، قواعد عمومی قراردادها، ۲۲۲.

۴. ۱. ملاک صرفاً نوعی

گروهی به پیروی از برخی فقها بر این باورند که شرط باید نزد عقلا هدف و غرضی داشته باشد که عموم مردم بدان، صفت مفیدبودن را می دهند و محوریت فایده داشتن شرط، متداول بودن آن نزد عقلاست.^{۲۴} برخی دیگر نیز در تأیید نظر فوق بیان داشته اند که شرط نیز مانند سایر اعمال حقوقی در محیط عقلا منعقد می شود. بنابراین نباید با اهداف و ضوابط عقلایی مغایر باشد. ملاک تشخیص منافع عقلایی، منافع نوعی و غالب مورد شرط است.^{۲۵} عده ای دیگر با بیانی متفاوت، نظر پیشین را پذیرفته و بیان کرده اند که درباره ماهیت خاصیتی که فایده موضوع شرط تلقی می شود، ملاک داوری عرف است و اگر آن ویژگی از نظر عرف فایده تلقی نشود، نمی توان موضوع دارای آن ویژگی را مفید دانست.^{۲۶}

انتقادی به دیدگاه نوعی وارد است؛ چراکه این دیدگاه همواره نمی تواند راه گشا و بیانگر قصد مشترک طرفین از انعقاد عقد باشد، زیرا هر شخصی باتوجه به وضعیت ویژه خود و همچنین با بررسی کیفیت ارتباط خود با طرف عقد، اهدافی را مدنظر قرار می دهد و برای جامه عمل پوشیدن به آن ها مبادرت به درج شرط می کند و چه بسیار است مواردی که شرطی نوعاً یا عرفاً فایده ای عقلایی نداشته باشد اما برای مشروط له مطلوب باشد و نیازی از نیازهایی وی را برطرف کند؛ مانند شخصی که ضمن قراردادی دریافت تمامی عکس های مشترک خود با برادرش را شرط می کند. شاید از منظر معاملات و امور مالی امری بی حاصل باشد اما چون نیازی از نیازهای مشروط له را برآورده می سازد، نمی توان آن را بی فایده دانست. برای تأیید این دیدگاه می توان به رأی اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۵۸۹۲-۳۸/۱۱/۱۰ اشاره کرد که در آن چون معامله میان اطراف عقد از ارزش برخوردار بود، دیوان رأی به صحت عقد داد و عقیده عرف را ملاک ارزشمندی مورد معامله ندانست.^{۲۷} این انتقاد در خصوص مال انگاری اشیای فی مابین دو طرف عقد هم مطرح است و معیار نوعی محض، وافی به مقصود نیست.^{۲۸}

۴. ۲. ملاک صرفاً شخصی

این معیار بدان معناست که معیار، تنها شخص مشروط له باشد و اگر امری از نظر وی مفید فایده بود، همین کافی است و نیازی نیست که مورد تأیید شارع یا سایر عقلا نیز باشد. دلیل این دیدگاه هم می تواند این باشد که خود شخص است که طرف قرارداد قرار می گیرد و سود و زیان آن را متحمل می شود و خواهان

۲۴. قاسم زاده، اصول قراردادها و تعهدات، ۱۳۶؛ زینالی، آثار شرط در رویه دادگاه ها، ۲۵؛ نجفی خوانساری، منیه الطالب، ۱۰۳/۲.

۲۵. رهپیک، حقوق مدنی پیشرفته، ۵۶ و ۵۷.

۲۶. شهیدی، شروط ضمن عقد، ۱۰۱.

۲۷. تقویان، شرح قانون مدنی به زبان پیشرفته، ۴۶۰.

۲۸. کاظمی، پیلوار، «تبارشناسی مال مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، ۱۹۳.

آن چیزی است که مدّ نظر داشته است. بنابراین، بهتر است نظر شخصی خود طرف قرارداد ملاک باشد تا با اهداف و انگیزه‌های وی تطابق بیشتری داشته باشد. برخی از فقها نیز در تأیید این معیار معتقدند شرطی می‌تواند از نظر شخص شرط‌کننده دارای مقاصد و اهدافی باشد که در این صورت اطلاق سلفی یا بی‌فایده بودن بر آن ممکن نیست، اگرچه آن هدف را عرف عقلاً تأیید نکنند.^{۲۹}

باید در نظر داشت که معیار صرفاً شخصی تنها نمایانگر بخشی از حقیقت روابط قراردادی و اصول معاملاتی است. توضیح آنکه، برای شمول ادله لزوم وفای به شرط و جاری شدن حکم وجوب بر آن و نتیجتاً الزام مشروط‌علیه در صورت امتناع از انجام مورد شرط باید شرط، امری نوعاً معقول و معتدبه هم باشد؛ یعنی نوعاً نافع باشد و چون منظور از نفع، نفع و فایده عقلایی است، ملاک در تشخیص آن سیره عقلی خواهد بود.^{۳۰} در تأیید این نظر می‌توان اضافه کرد که پذیرش ضابطه شخصی به صورت مطلق صحیح نیست؛ چراکه منظور از لغو بودن شرط، عدم تعلق غرض عقلایی به آن است و چه بسا که مشروط‌له شخصاً هدفی از درج شرط داشته باشد اما هدف مذکور نوعاً ولو با احتساب اوضاع و احوال ویده مشروط‌له عقلایی نباشد. در این حالت نمی‌توان صرفاً با توسل به اینکه به هر حال غرضی به شرط تعلق گرفته است، قائل به سودمند بودن آن شد.^{۳۱}

افزون بر این، پذیرش نظریه شخصی به طور مطلق می‌تواند منجر به پذیرش شروط سلفیهانه شود که قطعاً مورد تأیید حقوق نیست. برخی بر این باورند که در این موارد، معیار شخصی به معیار نوعی بر می‌گردد؛ زیرا فرض این است که اگر شخص دیگری هم جای مشروط‌له قرار گیرد، باز هم آن شیء یا شرط برای وی مالیت و اهمیت پیدا خواهد کرد.^{۳۲}

۳.۴. ملاک عقلانی

در این باره نظری شاذ وجود دارد مبنی بر اینکه معیار مفید بودن عمل، نه شخصی است و نه عرفی؛ بلکه معیاری فراتر از این دو دیدگاه تحت عنوان ملاک عقلانی بودن شرط وجود دارد؛ یعنی اگر شرط، عقلانی یا عقلایی تلقی شود، نافع محسوب می‌شود، هر چند که نفع آن برای ثالث یا قاضی درک‌شدنی نباشد و اگر عملی عقلایی نباشد، بی‌فایده تلقی می‌شود، هر چند که بتوان نفع یا التذاذ خاصی برای آن تصور کرد. در این خصوص باید متذکر شد که میان عقلانی و عقلایی بودن تفاوت است؛ بدین توضیح که، رفتار عقلانی،

۲۹. خویی، مصباح الأصول، ۳۰۹/۷.

۳۰. علامه، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ۹۸ تا ۹۷.

۳۱. عابدیان، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ۸۴.

۳۲. یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۴/۱.

رفتاری است که مورد تأیید مطلق عقل باشد اما رفتار عقلایی همان سیره خردمندان جامعه را گویند که ممکن است حتی بسیار متفاوت از عقل مطلق باشد. بنابراین، در صورتی که شرط از منظر عقل سلیم منطقی باشد، نافع است؛ هرچند مورد تأیید عرف نباشد. فرضاً اگر شخصی ضمن فروش خانه خود بر طرف مقابل خود شرط کند که به عمق چاه پنجاه متری برود و در آنجا به مدت دو روز به دنبال عکس گم شده‌ای بگردد، این عمل را هرچند عرف بی‌ارزش می‌داند اما عقلاً مفید است و باطل نیست. بنابراین، معیار نافع بودن شرط، معیار عقلی است، نه الزاماً رفتار متعارف اشخاص. اگر هم شرطی برای مشروط‌له نفعی داشته باشد ولی مورد تأیید عقل نباشد، آن شرط باطل است.^{۳۳}

دیدگاه فوق هرچند ظاهری زیبا و فریبنده دارد اما فاقد دلیل است و مستند یا قاعده‌ای فقهی و اصلی عملی نیز در آن یافت نمی‌شود. این دیدگاه بسیار شبیه دیدگاه شخصی است و تمایز چندانی با آن ندارد. لذا پذیرش نظر فوق بسیار دشوار است.

۴.۴. ملاک نوعی-شخصی

باتوجه به انتقادی که به ملاک‌های پیشین وارد شد، گروهی از فقها و حقوق‌دانان ملاک نوعی-شخصی را معیار قرار داده‌اند تا با واقعیت‌های اجتماعی-اقتصادی سازگاری بیشتری داشته باشد. این دسته می‌گویند که هرچند ملاک با فایده بودن شرط، بنای خردمندان است اما این ضابطه را باید براساس نیازهای طرفین معامله بررسی کرد و باید دید موضوع شرط را خردمندان در آن اوضاع و احوال خاص، مفید می‌دانند یا خیر.^{۳۴} به دیگر سخن، معیار مفید بودن شرط بنای عقلاست؛ البته به شرطی که ویژگی‌های رابطه دو طرف قرارداد نیز مد نظر قرار گیرد.^{۳۵} در تشخیص فایده عقلایی باید انگیزه‌های متعاقدين و شرایط ویژه حاکم بر عقد را محاسبه کرد. چه بسا عملی برای اکثریت اشخاص جامعه سودمند به نظر نیاید ولی برای ثالث یا یکی از طرفین عقد سودی مادی یا معنوی داشته باشد؛ مثلاً متعهدله پژوهشگر زیست‌شناسی است و با هزینه بسیار مجموعه‌ای از حشرات مرده را گردآوری می‌کند.^{۳۶}

باید توجه داشت که نفع و فایده امری نسبی است. در بسیاری از موارد، متعلق شرط برای عموم افراد جامعه فاقد سود است اما استثنائاً برای شخصی مفید فایده است. بنابراین، برای احراز نافع بودن شرط باید منافع انسانی متعارف در موقعیت مشروط‌له را نیز در نظر گرفت.^{۳۷} به عبارت بهتر، هرچند که شرط باید

۳۳. ملکوتی، قواعد عمومی قراردادها، ۱۹۷ تا ۱۹۸.

۳۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۵۴/۳؛ وحدانی‌نیا، معاملات نامتعارف، ۳۴۵.

۳۵. بیات، بیات، شرح جامع قانون مدنی، ۲۲۵.

۳۶. محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ۳۹۰/۲.

۳۷. حیاتی، حقوق مدنی ۳: قواعد عمومی قراردادها، ۳۲۷.

خردمنده باشد و این عاقلانه بودن، با سنگ محک عرف سنجیده می شود اما داشتن یکی از دو غرض نوعی یا شخصی برای عاقلانه بودن شرط کافی است.^{۳۸}

در نتیجه می توان بیان کرد که معیاری که با حقایق اجتماعی-اقتصادی سازگاری بیشتری دارد و انتقاد کمتری به آن وارد است، ملاک نوعی-شخصی است

۵. تردید در مفیدبودن شرط

گاهی اوقات امکان دارد شرطی ضمن عقدی درج شود که سبب شک دادرس، طرفین عقد یا ثالث در زمان احراز مفیدبودن آن شود. در این مواقع باید با استمداد از اصول عملی و قواعد فقهی سعی در پیدا کردن حکم مسئله کرد.

گروهی از فقها بر این باورند که در مواقع شک در بی فایده بودن شرط، مادامی که فساد شرط محرز نشده باشد، اصل بر صحت تعهد است و شرط، بی فایده و باطل انگاشته نمی شود. از این رو، در مانحن فیه نیز شک در تعلق غرض عقلایی به شرط، در حقیقت شک در صحت و فساد شرط است. بنابراین باید اصل را بر وجود غرضی عاقلانه در شرط دانست و حکم به صحت آن داد.^{۳۹}

گروهی دیگر از فقیهان نیز دلیل صحیح بودن را حمل فعل مسلم بر صحت یا عموم «المؤمنون عند شروطهم» دانسته اند؛ با این توضیح که چون مخصص دلیل لفظی نیست، مانع از تمسک به عموم در شبهات مصداقیه نمی شود.^{۴۰}

به نظر فوق انتقاداتی وارد است: اولاً این دلیل مخصوص حمل فعل مسلمان است اما معاملات مختص مسلمانان نیست و امری عام است؛^{۴۱} ثانیاً معنای حمل فعل مسلمان بر صحت امری، تنها عدم معامله فعل حرام با فاعل آن است بدون اینکه اثر فعل صحیح بر آن بار شود. برای مثال، شخصی که حرفی می زند و مشخص نیست که ناسزا می گوید یا سلام می کند، مقتضای قاعده حمل فعل مسلم بر احسن این است که آن را حمل بر صحت کنیم و بپنداریم که او ناسزا نمی گوید اما پاسخ به سلام نیز واجب نمی شود؛ ثالثاً حمل بر صحت در جایی صورت می گیرد که یک سمت افعال، احتمال حرمت باشد نه لغویت؛^{۴۲} رابعاً تمسک به عام در شبهه مصداقیه صحیح نیست؛ خواه مخصص، دلیل لفظی باشد، خواه لثی.

۳۸. دیانی، قواعد عمومی قراردادها، ۲۴۱؛ جباری، محشای فقهی قانون مدنی، ۸۵؛ حائری، شرح قانون مدنی، ۲۱۱.

۳۹. انصاری، المکاسب، ۲/۲۷۷؛ مامقانی، مناهج المتقین، ۲۳۳؛ روحانی، المرتقی الی الفقه الارقی، ۲/۲۰۵.

۴۰. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۶۲/۲.

۴۱. طباطبایی قمی، دراستان من الفقه الجعفری، ۳۷۲/۴.

۴۲. خویی، مصباح الفقاهه، ۳۱۰/۷.

یک راه حل این مشکل این است که بگوییم با توجه به اینکه شرط از موضوعات عرفی است، پس اگر صدق عرفی شرط محرز باشد، در موارد تردید می توان تمسک به عمومات کرد؛ مانند عموم المؤمنون عند شروطهم و در این حالت، تمسک به عام در شبهات مصداقیه رخ نمی دهد؛ زیرا ظهور عام، تمام و مخصص، منفصل است و در نتیجه واجب است که مطلقاً به شرط عمل شود، مگر اینکه اثبات شود شرط غیر عقلایی است. راه حل دیگر می تواند این باشد که در مواردی که از الفاظ تعهد برداشت های متفاوتی می شود و شک شود کدام معنا مقصود متعاملین بوده، عبارت آن باید حمل بر معنایی شود که تعهد براساس آن معنا درست باشد و معنایی که فساد تعهد را به دنبال دارد، خلاف اصل تلقی شود؛^{۴۳} یعنی در ما نحن فیه باید معنایی اصل باشد که براساس آن، شرط با فایده تلقی شود تا باطل نباشد. افزون بر این، ظاهر حال انسان طبیعی و صاحب عقل و خرد سلیم نیز این است که با لحاظ تمایلات خود امر لغو و بی ثمری را شرط نمی کند.

۶. اثر درج شرط بی فایده در عقد

راجع به اثر درج شرط بی فایده در عقد دو نظریه کلی وجود دارد: ۱. نظریه ایجاد حق فسخ برای مشروط له جاهل به بی فایده بودن شرط است؛ ۲. نظریه عدم ایجاد چنین حقی برای وی که در دو قسمت به تفصیل تحلیل می شود.

۶. ۱. ایجاد حق فسخ

گروهی می پندارند که اثر درج شرط بی فایده، ایجاد حق فسخ برای مشروط له است؛ چراکه مشروط له در حین امضای عقد به تصور اینکه شرط، نافع و وفای به آن لازم است، عقد را منعقد ساخته است، به همین دلیل بعداً که مشخص شد شرط باطل بوده است می تواند برای جبران خسارت وارد شده معامله را فسخ کند یا آن را همان گونه که هست، بپذیرد؛ مانند شخصی که ضمن معامله اسب شرط می کند که خریدار علاوه بر ثمن، پنج کیلو تلخه به او بدهد به تصور اینکه آن ها را می توان به جای دانه به مرغ داد اما بعداً کشف می شود که مرغ تلخه را نمی خورد و هیچ گونه فایده ای بر آن متصور نیست.^{۴۴} شاید گمان شود که امکان فسخ عقد در شرط غیر عقلایی برای مشروط له وجود ندارد؛ زیرا شرط غیر عقلایی در واقع لغو است و وجود و عدم آن در عقد تفاوتی ایجاد نمی کند. لذا مشروط له نمی تواند به

۴۳. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۴۰۱/۲.

۴۴. امامی، حقوق مدنی، ۳۳۲/۱؛ قاسم زاده، حقوق مدنی - عقد بیع و شروط و خيارات، ۳۹؛ معصومی، شروط ضمن عقد از دیدگاه فقه و حقوق، ۴۵؛ اصغری آقشهیدی، خاریکی، قواعد عمومی قراردادها، ۲۲۳.

دلیل عدم امکان اجرای شرط، درخواست فسخ قرارداد را کند. اگرچه ظاهر شرط عقلایی با سایر شروط باطل تفاوت‌هایی دارد؛ اما باید توجه داشت که امکان فسخ قرارداد به دلیل انتفای شرط، تابع مبانی خاصی است که با تبیین آن‌ها می‌توان به حکم مسئله دست یافت.

قاعده کلی آن است که به دلیل دخالت شرط در تعادل و ارزش قراردادی، در صورت انتفای شرط و برهم خوردن تعادل مورد توافق، با پیش‌بینی حق فسخ، امکان جبران برای زیان‌دیده قراردادی فراهم شود. اما در شروط باطل ممکن است دو حالت کلی تصور شود. در برخی از حالات، طرفین شرط بدون توجه به بطلان شرط، عقد مشروط را منعقد می‌کنند. در این خصوص ممکن است شرط در زمان انشا باطل نباشد و بعد باطل شود یا اینکه شرط از ابتدا باطل باشد اما مشروط‌له از آن آگاه نبوده است. برای مثال، شرط پس از انشای عقد، اجرانشدنی یا نامشروع شده است یا از ابتدا نامقدور باشد اما طرفین یا مشروط‌له اطلاعی از این امر نداشته‌اند. در حالات مذکور، برای مشروط‌له حق فسخ وجود دارد؛ زیرا مانعی برای جریان قاعده کلی مذکور ایجاد نشده است، اما در برخی حالات دیگر، که طرفین یا حداقل مشروط‌له از بی‌اعتباری و بطلان شرط آگاه بوده است، تفاوتی نمی‌کند که شرط باطل، شرط غیرعقلایی باشد یا شرط نامشروع. در این باره اجرای قاعده فسخ با مانع روبه‌رو می‌شود؛ زیرا مناط ایجاد حق فسخ، جبران زیان مشروط‌له به دلیل عدم تعادل عارضی و ناخواسته در قرارداد بود اما چنانچه مشروط‌له از ابتدا به عدم تأثیر قانونی شرط در قرارداد آگاه باشد، در واقع تعادل قراردادی بدون شرط را پذیرفته است و لذا زیانی به او وارد نشده است تا مستحق جبران از طریق حق فسخ باشد. به عبارت دیگر، برهم خوردن تعادل از طریق امتناع در انجام شرط یا ممتنع شدن شرط، به مشروط‌له حق فسخ می‌دهد اما اگر وی در انتفای شرط، دخالت و سببیت داشته باشد، چنین حقی برای او ایجاد نخواهد شد. به همین دلیل، این استدلال، که شرط غیرعقلایی بی‌فایده است و وجود و عدم آن تأثیری در عقد ندارد و در نتیجه، حق فسخ در آن منتفی است، اختصاصی به شرط غیرعقلایی ندارد و سایر شروط باطل را نیز در بر می‌گیرد. آنچه اهمیت دارد، تطبیق مصادیق با ضوابط و مبانی حق فسخ در عقد مشروط است که براساس آن، تکلیف فروع مختلف تعیین می‌شود.^{۴۵}

نقدی که بر نظرات مذکور می‌توان اظهار داشت آن است که پیروان آن‌ها دلیل ایجاد حق فسخ را جبران ضرر و خسارت پنداشته و فرض را بر این گذاشته‌اند که همواره شرط در تعادل و ارزش قراردادی دخیل است؛ حال آنکه ممکن است شرط بی‌فایده نسبت ایراد ضرر لااقتضا باشد؛ یعنی نه سودی حاصل کند و نه سبب خسارتی باشد یا شرطی در قرارداد باشد که الزاماً ارزش اقتصادی نداشته باشد. بنابراین، در حالات

اخیر نمی‌توان قائل به ایجاد حق فسخ شد.

گروهی فارغ از بحث ضرر بر این باورند که اگر شرط بی‌فایده در عقد درج شده باشد، مشروط‌له جاهل به بی‌فایده بودن شرط قادر است عقد اصلی را فسخ کند. ممکن است بیان شود که با بی‌فایده بودن شرط، حذف آن از عقد، ضرری برای مشروط‌له به بار نمی‌آورد تا به سبب آن بتوان برای او حق فسخ قائل شد اما در پاسخ می‌توان بیان داشت: ضابطه شناختن حق فسخ برای مشروط‌له صرفاً وجود زیان یا عدم آن نیست، بلکه رضایت مشروط‌له به انشای عقد با توجه به وجود شرط، این نتیجه را به دنبال دارد که اگر شرط به هر دلیلی باطل باشد، مشروط‌له بتواند عقد را فسخ کند؛ یعنی رضایت مشروط‌له به لحاظ شرط و نفعی که اشتباهاً در آن تصور می‌کرده، ابراز شده است و با کشف بی‌فایده بودن شرط، رضایت مشروط‌له به عقد اصلی کامل نیست. با توجه به این ضابطه تفاوتی بین اثر هیچ‌یک از شروط باطل در خصوص ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له نمی‌توان شناخت. آنچه مشروط‌له از آن محروم مانده، شرطی است که به سبب فاسدبودن فاقد اثر حقوقی است، نه فایده‌ای که بعداً از شرط عاید او می‌شده است که اگر ضابطه شناسایی حق فسخ صرفاً جبران زیان محروم‌ماندن مشروط‌له از درج شرط باشد، تفاوتی بین درج شرط بی‌فایده یا شرط نامشروع وجود ندارد. نباید از یاد برد که شرط بی‌فایده، به تصور اشتباه مفیدبودن آن در عقد درج شده است و ملاک شناسایی حق فسخ برای مشروط‌له عدم تحقق شرط است، نه نتیجه حاصل از عدم تحقق آن. به دیگر سخن، امکان درج شرط در عقد فی نفسه خصوصیتی در بر دارد که اگر معلوم شود آن امکان منتفی است برای مشروط‌له حق فسخ به وجود می‌آید؛ اعم از آنکه عدم امکان درج به سبب ممتنع بودن شرط باشد یا بی‌فایده یا نامشروع بودن آن.^{۴۶}

۲.۶. عدم ایجاد حق فسخ

گروهی معتقدند شرطی که فاقد فایده باشد مانند آن است که اساساً در قرارداد درج نشده است و مانند شاخه‌ای خشک از تنه درخت قطع می‌شود و اثری نخواهد داشت. بنابراین نمی‌توان امکانات قانونی، از جمله حق فسخ را در خدمت شرطی در آورد که در انجام یا عدم انجام آن نفع و ضرری متصور نیست.^{۴۷} برخی نیز می‌گویند: در صورت درج شرط بی‌فایده، خیار برای مشروط‌له نخواهد بود؛ زیرا وضع اختیار فسخ به دلیل ضرری است که از فقد شرطی باطل برای او حاصل می‌شود و این امر در خصوص شرط مذکور وجهی ندارد؛ یعنی اساساً ارزشی برای شرط متصور نمی‌شود که با فوت آن مشروط‌له در

۴۶. شهیدی، شروط ضمن عقد، ۱۰۵.

۴۷. شیروی، حقوق قراردادها، ۱۷۴.

در تأیید نظرات فوق، عده‌ای دیگر از اندیشمندان حقوقی می‌پندارند بی‌گمان مستتب از ماده ۲۴۰ ق.م. وجود خيار فسخ درباره بطلان شرط غیر مقدور و نامشروع است؛ چراکه انجام هر دو ممتنع است، ولی در شرط بی‌فایده تردید است؛ زیرا به‌دشواری می‌توان حکم چنین شرطی را تابع «شرط ممتنع» و مفاد ماده ۲۴۰ ق.م. شمرد، مگر اینکه گفته شود شرط بی‌فایده نیز از اقسام شرط نامشروع است و به این اعتبار، ممتنع است. پاسخ مسئله، به مبنای خيار فسخ در این موارد بستگی دارد. اگر خيار برای رعایت رضای مشروط‌له و جلوگیری از تحمیل عقد ناخواسته بر او باشد، در این فرض نیز باید به او حق فسخ داد؛ زیرا هر چند تراضی درباره شرط را عرف خردمندان بی‌فایده می‌بینند، مشروط‌له به آن توجه داشته و عقد و شرط را به‌عنوان یک مجموعه پذیرفته است؛ ولی هرگاه مبنای خيار جلوگیری از ضرر طرفی باشد که از التزام به عقد به ناروا زیان می‌بیند، دادن حق فسخ به کسی که شرط بی‌فایده را از دست داده است معقول به نظر نمی‌رسد. نظر نخست را می‌توان چنین خلاصه کرد: رعایت مفاد تراضی و جلوگیری از تحمیل عقد ناخواسته، از جمله هدف‌های ایجاد خيار فسخ است؛ یعنی عاملی است که زیان مشروط‌له را «ناروا» می‌کند و جعل خيار را برای جبران آن ضروری می‌سازد. اگر بنا باشد که تخلف از هر داعی خياری ایجاد کند، هیچ عقدي استوار نمی‌ماند و قانون مدنی نظری را برگزیده است که به‌موجب آن، جز در موارد خاص، تخلف از شرط به تراضی و ارکان عقد صدمه نمی‌زند و فساد آن نیز به عقد سرایت نمی‌کند، پس شرط در ساختمان تراضی اثر ندارد و امری است که داعی و انگیزه تراضی شده است. بنابراین نمی‌توان گفت تخلف عقد از انگیزه‌های دو طرف که اصلی و ذاتی نیست، ایجاد خيار فسخ می‌کند. درباره عقد و شرط یا باید پذیرفت که مفاد شرط، قید تراضی است و فساد آن عقد را نیز باطل می‌کند یا از این سودا گذشت و فساد شرط را در آن مؤثر ندانست. جدایی مفهوم «التزام» از «عقد»، به‌گونه‌ای که شخص راضی به اصل قرارداد باشد و ناراضی از التزام به آن نوعی توجیه و خیال‌پردازی است؛ زیرا التزام در مرحله تراضی نتیجه و ملازم با عقد لازم است. دو تراضی انجام نمی‌شود که یکی مطلق و دیگری مقید باشد. منسوب کردن حق خيار به مفاد تراضی بدین معناست که در هر عقد مشروط، این تراضی ضمنی وجود دارد که فساد و تخلف از شرط، برای منتفع از آن خيار فسخ به وجود می‌آورد. عرف دادوستد چنین تحلیلی را نمی‌پذیرد و قانون مدنی نیز با جداساختن «خيار تخلف شرط» از «خيار شرط» با آن موافق به نظر نمی‌رسد. وانگهی، اگر این ادعا پذیرفته شود دیگر علم و جهل مشروط‌له به فساد عقد یکسان است و خيار به حکم تراضی در هر دو

۴۸. علامه، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، ۲۱۹.

مورد به وجود می‌آید. بدین ترتیب، چنین به نظر می‌رسد که خیار فسخ عقد در نتیجه فساد شرط، حکمی است برای جلوگیری از ضرر ناروای مشروط‌له. پس در جایی که شرط، نفع عقلایی ندارد، خیار نیز وجود نمی‌آید. حقوق بر شرطی که خردمندان مفید نمی‌دانند هیچ اثری بار نمی‌کند و به جبران محروم‌ماندن از آن نمی‌اندیشد.^{۴۹}

گروهی دیگر از نظریه‌پردازان علم حقوق در این خصوص قائل به دو وجه شده‌اند: أ. وجه اول که بیان می‌دارد شرط فاقد غرض، حقی برای مشروط‌له ایجاد نمی‌کند تا از رهگذر عدم ایفای آن حق، ضرری به مشروط‌له وارد آید تا به منظور رفع آن ضرر و در اجرای قاعده «لاضرر»، لزوم معامله برطرف و برای وی خیار تخلف شرط محقق شود. این وجه مبتنی بر آن است که مبنای تحقق خیار برای مشروط‌له، قاعده لاضرر باشد؛ ب. در وجه دوم بیان می‌شود که شرط فاقد غرض، حقی برای مشروط‌له ایجاد نمی‌کند تا این حق مورد اعتنای شارع قرار گیرد و در نتیجه، شارع وفای به آن شرط را باتوجه به «المومنون عند شروطهم» واجب شمارد و ترک وجوب وفا منجر به ظلم شود. به نظر می‌رسد وجه اول، ناظر به عدم تحقق حکم وضعی است؛ زیرا اگر شرط واجد غرض باشد، در صورت تخلف مشروط‌علیه برای مشروط‌له خیار تخلف از شرط محقق می‌شود و در صورت فقدان غرض، این حکم وضعی مرتب نمی‌شود. همچنین وجه دوم ناظر به عدم تحقق حکم تکلیفی است؛ بدین معنا که اگر شرط واجد غرض باشد، شارع وفای به آن را واجب بشمرد و اگر فاقد غرض باشد، این حکم تکلیفی مرتب نخواهد شد. از آنجاکه این شرط شرعاً موضوع وجوب وفا نشده است، تخلف مشروط‌علیه از آن شرط، ترک واجب و مصداق ظلم تلقی نمی‌شود. چه‌بسا بتوان گفت وجه دوم، مکمل وجه اول است؛ زیرا در همه موارد، نادیده گرفتن حق مشروط‌له از سوی مشروط‌علیه لزوماً به تضییع وی نمی‌انجامد تا از رهگذر تحقق این ضرر، خیار پیدا شود. اما وجه دوم شامل همه موارد می‌شود. به عبارت دیگر، هر شرطی که فاقد غرض باشد، مورد عنایت شارع نیست و مشمول وجوب وفا نمی‌شود؛ خواه از عدم انجام شرط، ضرری به مشروط‌له وارد آید یا نه. باید توجه داشت که مسئله لزوم وجود غرض عقلایی در عوضین معامله نیز مطرح می‌شود؛ مثلاً اگر مبیع، منفعت عقلایی نداشته باشد، بیع باطل است. در آنجا نیز دلیل مسئله به همین صورت تقریر می‌شود و فقها با چنین بیانی به بطلان معامله در صورت عدم وجود منفعت عقلایی در عوضین یا یکی از آن‌ها حکم می‌کنند.^{۵۰}

باید توجه داشت که حقوق‌دانان فوق هرچند دقت نظر فراوانی داشته‌اند، اما تمامی انواع شروط بی‌فایده را یکی کرده و برای همه آن‌ها ضمانت اجرای حق فسخ یا عدم ایجاد حق فسخ قائل شدند. در صورتی که باید

۴۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۷۸/۳، ۱۷۹.

۵۰. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۲۵/۱ تا ۱۲۶.

میان شرطی که اصولاً بی فایده است و شرطی که اجرای آن از میانه راه بی فایده شده است قائل به تفکیک شد؛ چراکه نوع دوم زمانی، فایده داشته و مورد استفاده قرار گرفته است و کاملاً برابر با شرطی نیست که از ابتدا بی فایده بوده است. بنابراین باید گفت که اگر شرطی از میانه راه و بدون دخالت طرفین عقد بی فایده شود و در ارزش قراردادی عقد تفاوت حاصل کند، باید قائل به وجود حق فسخ برای مشروط‌له بود، برخلاف شرطی که از ابتدا بی فایده بوده است. با مثالی می‌توان این ادعا را اثبات کرد: وکیل و موکل ضمن عقد وکالت شرط می‌کنند که وکیل برای یک سال هر هفته روزی را حضوری باید به شعبه دادگاه مربوط مراجعه کند و از جریان پرونده آگاه شود و برای این کار مبلغ پنج میلیون تومان اضافه می‌گیرد اما شش ماه پس از گذشت قرارداد، دفتر خدمات قضایی در سراسر کشور شکل می‌گیرد و همه ابلاغیه‌ها، اختاریه‌ها و... اینترنتی می‌شود و دیگر نیازی به پیگیری حضوری نیست. در این مثال تا زمان شکل‌نگرفتن دفتر خدمات قضایی شرط با فایده و صحیح است اما بعد از آن، شرط بی فایده و باطل است و همانند مال مورد عقد اجاره که اگر در بین عقد اجاره تلف می‌شد یا قابلیت انتفاع خود را به کلی از دست می‌داد، حکم به انفساخ عقد از زمان تلف داده می‌شد،^{۵۱} اینجا نیز شرط بدون دخالت طرفین قابلیت انتفاع خود را از دست داده و برای مدت باقی‌مانده منحل و منفسخ است. در نتیجه، با عقدی روبه‌رو هستیم که قسمتی از آن (خود قرارداد وکالت) صحیح و قسمتی دیگر (شرط) منحل است. لذا باید با استناد به خیار تبعض صفقه (مستند به ماده ۴۴۲ ق.م) قائل به وجود حق فسخ برای مشروط‌له بود.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های به عمل آمده می‌توان نتیجه گرفت که شرط بی فایده شرطی است که نه سبب حصول نفع و نه سبب دفع ضرری بالقوه برای مشروط‌له یا ثالث باشد و مراد از نفع، الزاماً منفعت مالی نیست؛ بلکه معنوی بودن نفع نیز آن را از شمار شروط بی فایده خارج می‌سازد. درباره مبنای این شرط هم باید گفت معیاری که بیشترین سازگاری را با واقعیت‌های اجتماعی-اقتصادی دارد، معیار نوعی-شخصی در تشخیص این نوع شروط است. مبنای بطلان شرط بی فایده را نیز می‌توان پرهیز از لغویت دانست؛ چراکه اجرای تهدات ناشی از عقد، هدف اولیه و اصلی از انعقاد قرارداد است و التزام به امر بیهوده و اجرا یا عدم اجرای آن اثری در وضعیت طرفین ندارد و حقی از مشروط‌له ضایع نمی‌کند. لذا می‌توان استدلال کرد که لغویت شرط بی فایده و عدم ترتیب اثری بر آن، مبنای اصلی بطلان شرط بی فایده است. براساس اینکه شرط

از ابتدا بی‌فایده بوده یا در میانه اجرا بی‌فایده شده است، دو نوع شرط بی‌فایده وجود دارد که هرکدام ضمانت‌اجرایی متفاوت را می‌طلبد. نوع اول فاقد ضمانت اجرا و دومی اگر در ارزش قراردادی مؤثر باشد، دارای ضمانت اجرای حق فسخ است.

منابع

- ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، مهدی فلاح خاریکی. قواعد عمومی قراردادها. مازندران: دانشگاه مازندران. چاپ اول، ۱۳۹۸.
- امامی، حسن. حقوق مدنی. تهران: اسلامیه. چاپ چهارم، ۱۴۰۱.
- امینی، عیسی. حقوق قراردادها. تهران: گنج دانش. چاپ دوم، ۱۴۰۱.
- انصاری، مرتضی‌بن محمدامین. المکاسب. قم: مجمع الفکر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- ایروانی، علی. حاشیه المکاسب. تهران: کیا. چاپ اول، ۱۳۸۴.
- بیات، فرهاد، شیرین بیات. شرح جامع قانون مدنی. تهران: ارشد. چاپ بیست‌ویکم، ۱۴۰۰.
- بیگزاده، صفر. شرح ماندنی بر قانون مدنی. تهران: کلک صبا. چاپ چهارم، ۱۴۰۰.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی). تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه. ۱۳۹۳.
- تقویان، سیدعلی‌اکبر. شرح قانون مدنی به زبان پیشرفته. تهران: کتاب آوا. چاپ اول، ۱۳۹۶.
- جباری، سیدمحمد. محشای فقهی قانون مدنی. تهران: قوه قضائیه. چاپ سوم، ۱۴۰۰.
- حائری، سیدعلی. شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش. چاپ پنجم، ۱۳۹۹.
- حیاتی، علی‌عباس. حقوق مدنی ۳: قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان. چاپ دوم، ۱۳۹۶.
- خمینی، روح‌الله. البیع. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۳۹۷.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهه فی المعاملات. به‌تقریر محمدعلی توحیدی. قم: انصاریان. چاپ چهارم، ۱۴۱۷ق.
- دیانی، عبدالرسول. قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۹۵.
- روحانی، محمدصادق. المرتقی الی الفقه الأرقی. قم: دار الحلبی. چاپ اول، ۱۳۷۸ق.
- روحانی، محمدصادق. فقه الصادق. قم: مطبعة العلمیه. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- ره‌پیک، حسن. حقوق مدنی پیشرفته. تهران: خرسندی. چاپ چهارم، ۱۴۰۰.
- زینالی، توحید. آثار شرط در رویه دادگاه‌ها. تهران: چراغ دانش. چاپ دوم، ۱۳۹۵.

شکوهی زاده، رضا. «تأثیر شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات در سلب حق اقامه دعوی در حقوق ایران و فرانسه»، تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، ش ۸۷، ۱۳۹۸، ۲۰۳ تا ۲۲۴

<https://doi.org/10.29252/lawresearch.22.87.203>

شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الامامية. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۲ق. شهیدی، مهدی. شروط ضمن عقد. تهران: مجد. چاپ نهم، ۱۴۰۱. شهیدی، مهدی، علی رضا باریکلو. «قرارداد عدم تجارت»، نامه مفید. ش ۲۹، ۱۳۸۱، ۵ تا ۲۲. شیروی، عبدالحسین. حقوق قراردادها. تهران: سمت. چاپ چهارم، ۱۴۰۰. شیروی، عبدالحسین، محمد جواد کاظمی. «تحلیل اقتصادی مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری»، مجلس و راهبرد. س ۲۶، ش ۹۹، ۱۳۹۸، ۲۲۷ تا ۲۴۷.

صفایی، حسین. دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: میزان. چاپ سی و هفتم، ۱۴۰۱. طباطبایی قمی. دراستنا من الفقه الجعفری. به تقریر علی مروجی قزوینی. قم: الخیام. چاپ اول، ۱۴۰۰ق. عابدیان، میرحسین. شروط باطل و تأثیر آن در عقد. تهران: جنگل جاودانه. چاپ اول، ۱۳۸۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. چاپ اول، ۱۴۱۴ق. علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق. علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

علامه، سید مهدی. شروط باطل و تأثیر آن در عقود. تهران: میزان. چاپ دوم، ۱۳۸۷. قاسم زاده، سیدمرتضی. اصول قراردادها و تعهدات. تهران: دادگستر. چاپ پانزدهم، ۱۳۹۹. قاسم زاده، سیدمرتضی. حقوق مدنی: عقد بیع و شروط و خيارات. تهران: میزان. چاپ اول، ۱۳۹۳. قربانی لاجوانی، مجید. مجموعه پرسش های چهارگزینه ای حقوق مدنی. تهران: چتر دانش. چاپ بیست و سوم، ۱۳۹۹.

کاتوزیان، ناصر. عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ چهاردهم، ۱۳۹۵. کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. تهران: سمت. چاپ دهم، ۱۳۹۵. کاظمی، محمود، رحیم پیلوار. «تبارشناسی مال مطالعة تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، پژوهشنامه حقوق اسلامی. ش ۴۷، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ۱۸۱ تا ۲۰۸. <https://doi.org/10.30497/law.2018.2307>

مامقانی، عبدالله. مناهج المتقین. قم: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. چاپ اول، ۱۴۰۴ق. محقق داماد، مصطفی و دیگران. حقوق قراردادها در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ سوم، ۱۳۹۳. محقق داماد، مصطفی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ

ششم، ۱۴۰۱.

- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- مرتضوی، عبدالحمید. قواعد عمومی قراردادها. تهران: نیکتا. چاپ اول، ۱۳۸۷.
- معصومی، محسن. شروط ضمن عقد از دیدگاه فقه و حقوق. شیراز: شاه چراغ (ع). چاپ اول، ۱۳۹۶.
- ملکوتی، رسول. قواعد عمومی قراردادها. تهران: مجد. چاپ اول، ۱۳۹۶.
- نائینی، محمدحسین. منیه الطالب. تقرير نجفی خوانساری. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۷۶.
- وحدانی نیا، محمدامین. معاملات نامتعارف. تهران: دادگستر. چاپ اول، ۱۴۰۰.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.

Transliterated Bibliography

- ‘Ābidiyān, Mīr Ḥusayn. *Shurūṭ Bāṭil va Ta’sīr ān dar ‘Aqd*. Tehran: Jangal Jāvidānih. Chāp-i Awwal, 2009/1387.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fi Ahkām al-Shari’a*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Ahkām fi Ma’rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt li-Iḥyā’ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1994/1414.
- ‘Allāmah, Sayyid Maḥdī. *Shurūṭ Bāṭil va Ta’sīr ān dar ‘Uqūd*. Tehran: Mīzān. Chāp-i Duvvum, 2009/1387.
- Amīnī, ‘Isā. *Huquq-i Qarārdād-hā*. Tehran: Ganj-i Dānish, Chāp-i Duwvum, 2023/1401.
- Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Makāsib*. Qum: Majmū‘ al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.
- Aṣgharī āq Mashhadī, Fakhr al-Dīn; Maḥdī Falāḥ Khārikī. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Māzandarān: University of Mazandaran, Chāp-i Awwal, 2020/1398.
- Bayāt, Farḥād; Shīrīn Bayāt. *Sharḥ Jāmi‘ Qānūn-i Madanī*. Tehran: Arshad, Chāp-i Bist va Yikum, 2022/1400.
- Biygẓādīh, Ṣafar. *Sharḥ Māndanī bar Qānūn-i Madanī*. Tehran: Kilk Ṣabā. Chāp-i Chāhārum, 2022/1400.
- Dayānī, ‘Abd al-Rasūl. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Mīzān. Chāp-i Awwal, 2017/1395.
- Ḥā’irī, Sayyid ‘Alī. *Sharḥ Qānūn-i Madanī*. Tehran: Ganj-i Dānish. Chāp-i Panjum, 2021/1399.

Ḥayātī, ‘Abbās ‘Alī. *Qānūn-i Madanī 3: Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Mīzān. Chāp-i Duvvum, 2018/1396.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwvum, 1990/1410.

Imāmī, Ḥasan. *Ḥuqūq-i Madanī*. Tehran: Islāmīyyah. Chāp-i Chihilum, 2023/1401.

Ṭrawānī, ‘Alī. *Ḥāsiyah al-Makāsib*. Tehran: Kīyā. Chāp-i Awwal, 2005/1384.

Jobārī, Sayyid Muḥammad. *Muḥashḥay Fiqhī Qānūn-i Madanī*. Tehran: Quvīh-yi Qazā’iyih. Chāp-i Sivum, 2022/1400.

Kātūziyān, Nāṣir. *Uqūd-i Mu’ayyan*. Tehran: Shirkat Sahāmī Intishār. Chāp-i Chāhārdahum, 2017/1395.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Samt. Chāp-i Dahum, 2017/1395.

Kāzīmī, Maḥmūd; Raḥīm Pilvār. “Tabārshināsī Māl Muṭālī’ih-yi Taṭbīqī dar Ḥuqūq Islām va Gharb”. *Pazhūhishnāmah-yi Ḥuqūq-i Islāmī*. no. 47, spring and summer 2019/1397, 181-208.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāha fi al-Mu’āmalāt*. Muqarr Muḥammad ‘Alī Tawḥīdī. Qum: Anṣāriyān, Chāp-i Chāhārum, 1997/1417.

Khū’ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa Ihya’ ‘Āṣār al-Imām al-Khū’ī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Bay’*. Qum: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 2019/1397.

Malakūtī, Rasūl. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Majd. Chāp-i Awwal, 2018/1396.

Māmaqānī, ‘Abd Allah. *Manāḥij al-Muttaqīn*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Ihya’ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Ma’šūmī, Muḥsin. *Shurūṭ-i Ḍimn-i ‘Aqd-i az Dīdgāh Fiqh va Ḥuqūq*. Shīrāz: Shāh Chirāgh(AS). Chāp-i Awwal, 2018/1396.

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā et al. *Ḥuqūq Qarārdād-hā dar Fiqh Imāmīyah*. Qum: Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. Chāp-i Sivum, 2015/1393.

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. *Naẓariyah-yi ‘Umūmī Shurūṭ va Iltizāmāt dar Ḥuqūq-i Islāmī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulum Islāmī. Chāp-i Shishum, 2023/1401.

Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi’ al-Maqāṣid fi Sharḥ al-Qawā’id*. Qum: Āl al-Bayt li-Ihya’ al-Tūrāth. Chāp-i Duvvum, 1994/1414.

- Murtaẓawī, ‘Abd al-Ḥamīd. *Qavā’id ‘Umūmī Qarārdād-hā*. Tehran: Niktāb. Chāp-i Awwal, 2009/1387.
- Nā’inī, Muḥammad Ḥusayn. *Munya al-Ṭālib*. Muqarr Najafi Khuwānsārī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1998/1376.
- Pazhūhishgāh Quvīh-yi Qazā’īyih. *Majmū’ah Ārāy Qazā’ī Dādghāh Tajdīdnāzar Ustān Tehran (Huqūqī)*. Tehran: Markaz Maṭbū’āt va Intishārāt Quvīh-yi Qazā’īyih. 2015/1393.
- Qāsimzādah, Sayyid Murtaḍā. *Huqūq Madanī: ‘Aqd Bay’ va Shurūṭ va Khīyārāt*. Tehran: Mizān. Chāp-i Awwal, 2014/1393.
- Qāsimzādah, Sayyid Murtaḍā. *Uṣūl Qarārdād-hā va Ta’ahhudāt*. Tehran: Dādgustar. Chāp-i Pānzdahum, 2021/1399.
- Qurbānī Lāchvānī, Majīd. *Majmū’ah Pursish-hā-yi Chahār Guzīnī-hī Huqūq Madanī*. Tehran: Chatr Dānish. Chāp-i Bist va Sivum, 2021/1399.
- Rahpiyik, Ḥasan. *Huqūq Madanī Pishraftih*. Tehran: Khursandī. Chāp-i Chāhārum, 2022/1400.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *al-Murtaqā ilā al-Fiqh al-Arqā*. Qum: Dār al-Ḥalabī. Chāp-i Awwal, 1959/1378.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qum: al-Maṭba‘a al-‘Ilmiyya. Chāp-i Awwal, 1992/1412.
- Ṣafāyī, Ḥusayn. *Davrah-yi Muqadamātī Huqūq Madanī*. Tehran: Mizān. Chāp-i Si va Haftum, 2023/1401.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Shar’īyah fī Fiqh al-Imāmīya*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duvvum, 1992/1412.
- Shahīdī, Mahdī. *Shurūṭ-i Ḍinn-i ‘Aqd*. Tehran: Majd. Chāp-i Nuhum, 2023/1401.
- Shahīdī, Mahdī; ‘Alī Rizā Bārīklū. “Qarārdād ‘Adam Tijārat”. *Nāmah-yi Mufīd*. no. 29, 2003/1381, 5-22.
- Shīrūy, ‘Abd Ḥusayn. *Huqūq Qarārdād-hā*. Tehran: Samt. Chāp-i Chāhārum, 2022/1400.
- Shīrūy, ‘Abd Ḥusayn; Muḥammad Javād Kāzīmī. “Tahlīl-i Iqtisādī Muzākīrīh dar Ḥāl va Faṣl Ikhtilāfāt Tijārī”, *Majlis va Rāhburd*. yr. 26, no. 99, 2020/1398, 227-247.
- Shukūhizādīh, Rizā. “Ta’šīr Shurūṭ-i Ḥāl va Faṣl Musālimatāmīz Ikhtilāfāt dar Salb Ḥaq Iqāmāh-yi Da‘āvi dar Huqūq Irān va Farānsah”, *Tahqīqāt Huqūqī*. Durīh-yi 22, no. 87, 2020/1398, 203-224.
- Ṭabāṭabāyī Qumī. *Dirāsātānā min al-Fiqh al-Ja‘farī*. Muqarr ‘Alī Muravijī Qazwīnī. Qum: al-Khayām. Chāp-i Awwal, 1980/1400.
- Taqaviyān, Sayyid ‘Alī Akbar. *Sharḥ Qānūn-i Madanī bi Zabān Pishraftih*. Tehran: Kitāb Āvā. Chāp-i Awwal, 2018/1396.

Vahdānī niyā, Muḥammad Amīn. *Mu'āmalāt Nāmūta 'arīf*. Tehran: Dādgustar. Chāp-i Awwal, 2022/1400.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn 'Abd al-'Aẓīm. *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Qum: Ismā'īlīyān. Chāp-i Duvvum, 2000/1421.

Ziynālī, Tawḥīd. *Āsār Shart dar Ravīyah-yi Dādgāh-hā*. Tehran: Chirāgh Dānish. Chāp-i Duwvum, 2017/1395.



A Reflection on the Concept of Trust-based Contract (*'aqd-i amānī*) and A Critique of the Applicability of the Proofs for the Lack of Liability (*Zamān*) of the Trustee (*Amīn*) in Non-benevolent Trust-based Contracts

Dr. Mansoorh Bokaei, PhD Graduate, Islamic Jurisprudence and Foundation of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Dr. MohammadTaghi Fakhlaei  (Corresponding Author), Professor, Islamic Jurisprudence and Foundation of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran
Email: fakhlaei@um.ac.ir

Dr. Sayyed MohammadHadi Ghabooli Dorafshan , Associate Professor, Islamic Jurisprudence and Foundation of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Abstract

In jurisprudence, the terms “trust” (*amānat*) and “trustee” (*amīn*) are among the concepts surrounded by ambiguity due to a lack of consensus among jurists in some areas and rulings. Some jurists have expanded the concept of “trust” and generalized it to include all individuals authorized to handle property, and argue their exemption from liability by invoking the legal rule that says “the trustee is not liable” (*'adam-i zamān-i amīn*). The present article questions this generalization and aims to prove that legal justifications for considering all authorized possession as trust-based does not include all cases of permission. This is done in order to remove ambiguity and delimit the concepts of trust and trustee, and through an analysis and evaluation of the evidence cited by the proponents of generalization. The study is conducted through a descriptive-analytical method, and concludes that the jurists' widespread interpretation of the terms “trust” and “trustee” does not truly correspond with their lexical and customary meanings. In addition, considering every authorized individual as a trustee is not in accordance with the requirements of justice and fairness. It should rather be stated that lenient rulings granted to the entrusted person only apply in trust-based contracts in the specific meanings (*'uqūd-i amānī bil-ma'nā al-akhaṣṣ*) like the contract of safekeeping (*'aqd-i wadr'ah*) and other contracts where possession of the property is done according to the willingness of the owner.

Keywords: trust, authorization, trust-based contract, benevolent contract, non-liability of the trustee





افق

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴، ص ۸۵ - ۶۱	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۵	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۲/۱۲
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.74887.1279

تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی

دکتر منصوره بکایی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

دکتر محمدتقی فخلعی (نویسنده مسئول)

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

Email: fakhlai@um.ac.ir

دکتر سیدمحمدهادی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

چکیده

واژه «امانت» و «امین» در فقه جزو مفاهیمی است که به دلیل عدم توافق آرای فقها در برخی زمینه‌ها و احکام آن در هاله‌ای از ابهام فرو رفته است. دسته‌ای از فقیهان با توسعه در مفهوم امانت و تعمیم آن به همه مأذونین در اخذ مال، با استناد به قاعده «عدم ضمان امین» حکم به عدم ضمان آنان کرده‌اند. جستار پیش‌رو، با تشکیل در این تعمیم و به هدف ابهام‌زدایی و تحدید مفهوم امانت و امین از طریق نقد و ارزیابی ادله قائلان به تعمیم، درصدد اثبات این مطلب است که ادله امانی بودن ید همه موارد اذن را در بر نمی‌گیرد. حاصل این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته این است که، برداشت فراگیر فقیهان از واژه «امانت» و «امین»، با معنای لغوی، عرفی، حقیقتاً سازگار نیست، ضمن اینکه امین شمرده شدن هر شخص مأذون، موافق با مقتضای عدل و انصاف هم نیست؛ بلکه باید گفت احکام ارفاقی امین صرفاً در عقود امانی بالمعنی الاخص همچون عقد ودیعه و دیگر عقود که قبض مال به مصلحت مالک انجام می‌شود، جاری است.

واژگان کلیدی: امانت، اذن، عقد امانی، عقد احسانی، عدم ضمان امین.

مقدمه

از نگاه مشهور فقها سلطه اشخاصی چون مرتهن، مستأجر، مستعیر، وکیل، مستودع در عقود رهن، اجاره، عاریه، وکالت و ودیعه و نیز عامل مضاربه، مساقات و مزارعه به دلیل آنکه از سوی مالک اذن در تصرف دارد، امانی به شمار می‌رود؛^۱ اعم از اینکه قابض، در تصرف مال مأذون باشد یا در حفظ و مراقبت از مال، مال را مجاناً و برای رعایت مصلحت مالک گرفته باشد یا برای مصلحت خود یا هر دو، در تلقی عرفی امین و مورد اعتماد مالک باشد یا نباشد.

دلیل بیان فوق آن است که فقها واژه امانت را در تمامی عقود امانی یکسان به کار برده‌اند، آنجا که چنین بیان می‌کنند: «وکیل، امین لا یضمنها...»،^۲ «العاریة فهی امانة غیر مضمونة»،^۳ «الرهن امانة فی ید المرتهن»،^۴ «الشریک امین علی المال المشترك»،^۵ «الودیعة امانة لا یضمنها المستودع».^۶

این استیلای امانی سبب شده است که فقها عقود مذکور را بدین دلیل که گیرنده مال از سوی مالک مأذون در تصرف است، مشمول قاعده عدم ضمان قرار دهند که به موجب این قاعده، طرف گیرنده مال جز در صورت تعدی و تفریط ضامن نیست و درحقیقت، ید او خارج از شمول ضمان علی‌الید است.

برداشت از کلام مشهور این است که «اذن» یا همان «اظهار رضایت مالک»، جوهره و عنصر سازنده همه عقود امانی را تشکیل می‌دهد و همین امر برای صدق امانت و در نتیجه، نفی ضمان کافی است.^۷ در مقابل دیدگاه اکثریت، در اندیشه برخی از فقها و حقوق‌دانان هر اذنی به امانی بودن ید منتهی نمی‌شود.^۸

در ماده ۶۳۱ قانون مدنی آمده است: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع، متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است.»

مطابق ماده فوق، برای اینکه گیرنده مال امین به شمار آید، باید قانون او را امین بداند و حقوق مدنی هر چند گیرنده مال را در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نمی‌داند؛ لیکن در هیچ‌یک از مواد قانونی خود،

۱. موسوی خوانساری، جامع المدارک، ۳/۳۴۱؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۱۳/۲.

۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۳۶۲/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۸۳/۴.

۳. طوسی، المبسوط، ۴۹/۳؛ شهید اول، اللعة اللدمشقیة، ۱۴۹.

۴. سبزواری، مهذب الاحکام، ۱۰۴/۲۱.

۵. یزدی، عروة الوثقی، ۱۸۹.

۶. محقق حلی، المختصر النافع، ۱۵۰/۱.

۷. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۶۹/۲؛ کاتوزیان، حقوق مدنی: دوره عقود معین، ۷۴/۱.

۸. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۴۸۳/۲؛ شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ۱۰۸/۲.

گیرنده مال را امین مالک قرار نداده است.^۹

در مقابل قول مشهور، یکی از فقیهان معاصر بر باور خروج عقود امانی مذکور از قاعده «عدم ضمان امین» است. وی با تحلیل و توجیه روایات باب «عدم ضمان امین» معتقد است مفهوم امانت در عقد اجاره و رهن محقق نیست؛ زیرا الزام به تسلیم مال در این دو باب، به سبب استیفای حق و وفای به عقد است، نه استیمان و امانت قراردادن عین.^{۱۰}

یکی دیگر از فقیهان، امانی بودن که بر مبنای اذن و استنباه در تصرف باشد را معتبر نمی‌داند، مگر در عقد ودیعه که امانت به معنای اخص است.^{۱۱}

نوشتار حاضر در پی پاسخ به این پرسش است که دیدگاه مشهور فقها در عدم ضمان امین در همه عقود که امانی نامیده شده است از چه پشتوانه علمی و استدلالی برخوردار است؟ آیا این عقود جملگی به لحاظ امانی بودن در یک سطح و مرتبه هستند و از خصیصه یکسانی برخوردارند تا اینکه بتوان با استناد به ادله‌ای یکسان، احکام امین را درباره آنان جاری و حکم به عدم ضمان همه انواع ید امانی در صورت عدم تعدی و تفریط کرد؟ ادله امانی بودن عقود که گیرنده صرفاً اذن در تصرف دارد، با چه اشکالاتی روبه‌روست؟ در ارزیابی و تحلیل این دلایل کدام یک پذیرفتنی و کدام یک مناقشه‌پذیرند؟ آیا نقد این دلایل موجب ناکارآمدی این قاعده فقهی می‌شود؟

این جستار در مقام نقد دیدگاه مشهور فقهی و اثبات ناهمگونی واژه «امین» در روایات و برداشت فقهی، به بررسی تحلیلی ادله عدم ضمان امین پرداخته و به این نتیجه رسیده است که تمسک به این ادله برای اثبات عدم ضمان امین در صورت عدم تعدی و تفریط در همه عقود که فقها امانی انگاشته‌اند، محل تأمل است.

با طرح فرضیه امانت ذاتی و امانت عرضی یکی از ثمرات تحقیق در صحت یا عدم صحت شرط ضمان در عقود امانی آشکار می‌شود. ثمره دیگر این تحقیق در مقام دادرسی و تقدم قول متصرف در صورت تلف مال ظاهر می‌شود و تفصیل آن در پایان خواهد آمد.

در خصوص پیشینه پژوهش باید گفت: آثار و تألیفاتی در قالب کتب و مقاله در باب حقیقت امانت، امین، استیمان، شرط ضمان امین فراهم شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: در مقاله «اعتبارسنجی مفهوم امین در فقه امامیه و حقوق ایران»، نویسنده مفهوم امین را در مقام ثبوت

۹. امامی، حقوق مدنی، ۱۷۰/۲.

۱۰. صدر، کتاب البیع، ۹۲/۳.

۱۱. رشتی، کتاب الاجاره، ۴۵ تا ۴۶.

و اثبات بررسی کرده است. همچنین پژوهشگر در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی تعهدات امین در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، متعهدکردن امین در عقد ودیعه و به طریق اولی در سایر عقود امانی را بلاشکال دانسته است. در مقاله دیگری تحت عنوان «پذیرش قول امین در فقه امامیه و آیین دادرسی مدنی»، به اختلاف دیدگاه فقها و رویکرد قانون آیین دادرسی مدنی هنگام ادعای امین درباره تلف مال یا عدم تعدی و تفریط وی در نگهداری مال پرداخته و به این نتیجه رسیده است که نه تنها هیچ تلازمی بین این دو کارکرد اذن نیست، بلکه با یکدیگر متفاوت‌اند. مقاله‌ای دیگر با عنوان «اذن عقدساز و اذن امانت‌ساز» به بررسی کارکردهای مختلف اذن پرداخته و به این نتیجه رسیده است که این دو کارکرد با هم متفاوت‌اند و تلازمی بین آن‌ها نیست.

وجه تمایز جستار حاضر با آثار تألیفی مذکور، جداسازی و تمایزبخشی عقد ودیعه، عقود امانی تبرعی و احسانی از سایر عقود امانی به لحاظ تفاوت ماهوی، کارکرد احسانی و اقتضای ذاتی است و در نتیجه، هدف این پژوهش اثبات تفاوت کاربرد قاعده «عدم ضمان امین» در عقد ودیعه، عقود امانی تبرعی و سایر عقود امانی است.

۱. مفهوم‌شناسی امانت و امین

امانت در لغت از ریشه «امن» است و اهل لغت از امانت به «ضد خیانت»^{۱۲}، «تصدیق»^{۱۳}، «ضد خوف»^{۱۴} تعبیر کرده‌اند. این واژه مجازاً در معنای ودیعه به کار رفته است.^{۱۵} به شخصی که متصف به صفت امانت باشد، امین گویند. امین در لغت به این معانی به کار رفته است: مطمئن، ثقه، درست‌کار، امانت‌دار، مورد اطمینان^{۱۶} و کسی که مکر و حيله‌ای به کار نبرد که سبب شود از او بترسند.^{۱۷}

آن‌گونه که پیداست اهل لغت ابداً واژه امانت را به معنای «اذن» به کار نبرده‌اند، بلکه متبادر عرفی از واژه امین کسی است که به دلیل مورد اطمینان و وثاقت بودن، اموالی به منظور محافظت و نگهداری با خاطر آسوده و بدون ترس از رسیدن آسیب به اموال به وی سپرده می‌شود.

۱۲. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۱/۱۳۳.

۱۳. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۱/۱۳۳.

۱۴. ابن منظور، لسان العرب، ۱۳/۲۱.

۱۵. فیومی، المصباح المنیر، ۲۴؛ طباطبائی، المیزان، ۱۶/۳۴۴.

۱۶. معین، فرهنگ فارسی معین، ۱/۱۹۴.

۱۷. فیومی، المصباح المنیر، ۲۴.

امین در اصطلاح فقهی، در دو معنای متفاوت به کار رفته است: در یک اصطلاح، امین کسی است که مال غیر با اذن ازسوی مالک یا شارع در دست اوست، بدون آنکه در آن مال خیانت ورزد؛ بدین صورت که فعل یا ترک فعلی انجام دهد که سبب تلف یا نقص مال شود. برداشت‌های متعدد فقها از کاربرد اصطلاحی امین که ضد «خائن» است، سبب شده است که ماهیت قاعده «عدم‌ضمان امین» هم در اندیشه آنان متفاوت باشد؛ ازاین‌رو عده‌ای معتقدند تسلیم مال یا شیء با اذن مالک نزد دیگری آن‌گاه رافع ضمان است که علاوه بر عنصر رضایت مالک، گیرنده مال، مورد وثوق و اطمینان نیز باشد. گویی اینان «عدم‌خیانت» و «اطمینان به آخذ» را توأم با یکدیگر دخیل در مفهوم امین دانسته‌اند.^{۱۸} در مقابل عده‌ای دیگر، صرف سپردن مال به دیگری را اقتضای عدم‌خیانت می‌دانند، بدون آنکه قرار باشد اطمینان و مورد وثوق بودن گیرنده مال احراز شود.^{۱۹}

یکی از فقیهان معاصر، امانت در مقابل خیانت و به معنای وثاقت را مناسب مقام اثبات می‌داند و در مقام ثبوت تعبیر دیگری از امانت دارد که در مقابل غصب است.^{۲۰} مقام ثبوت آنجاست که احراز شود مال مورد امانت تلف شود بدون اینکه مورد تعدی و تفریط واقع شود، سپس درباره ضمان و عدم‌ضمان بحث می‌شود.

مقام اثبات آن است که یقین به تلف مال وجود دارد، لکن شک در استناد این تلف به تعدی و تفریط است که آیا حکم داده می‌شود به ضمان آنچه در دست امین تلف شده است یا خیر؟^{۲۱} ایشان^{۲۲} معتقد است برخی فقها میان این دو مقام خلط کرده‌اند و این باعث اشتباه در مسئله شده است. به نظر می‌رسد مکارم شیرازی با تفکیک معنای امین در دو مقام ثبوت و اثبات راهی تازه و کاربردی به روی اصطلاح امین و امانت گشوده است، ایشان در مقام ثبوت هم‌رأی با مشهور می‌شود و امانت را به معنای «عدم‌غصب»، در نفی ضمان کافی می‌پندارد و معتقد است تسلط بر مال یا منفعت با اذن ازسوی مالک یا شارع بدون تعدی و تفریط اگر منجر به تلف مال شود رافع ضمان است؛ چه گیرنده مال ثقه و مأمن باشد یا فاسق و کذاب،^{۲۳} گرچه در مقام اثبات نظراتی شبیه آنچه در این مقاله دنبال شده است را تقویت کرده است.

۱۸. بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۱۳/۲.

۱۹. فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۴.

۲۰. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۵۰/۲.

۲۱. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۴۹/۲.

۲۲. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۴۹/۲.

۲۳. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۴۹/۲.

بکابی و دیگران؛ تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی/ ۶۷

۲. گستره قاعده عدم ضمان امین

آنچه از کلام مشهور برداشت می شود این است که «اذن» یا همان «اظهار رضایت مالک» جوهره و عنصر سازنده همه عقود امانی را تشکیل می دهد و همین امر برای صدق امانت و در نتیجه، حکم به نفی ضمان کافی است.^{۲۴}

در مقابل دیدگاه اکثریت، در اندیشه برخی از فقها و حقوق دانان هر اذنی موجب عدم ضمان امین نمی شود.^{۲۵}

مفاد این قاعده آن است که هرگاه مالی به عنوان امانت در اختیار غیر مالک قرار گیرد و او در حد متداول و متعارف نسبت به حفظ آن کوشش کند؛ به طوری که ترک اقدام لازم یا انجام فعل ممنوع از سوی وی صورت نگیرد و در عین حال مال به سببی در دست او تلف شود، گیرنده مال در جایگاه امانت داری نسبت به عین، مثل یا قیمت مال تلف شده مسئولیت ندارد؛ چه اینکه کل مال یا جزء آن تلف شود. براین اساس، مالک مال برای جبران آن نمی تواند به امین رجوع کند.^{۲۶}

جای تردیدی نیست که امین الزاماً باید از سوی مالک اذن داشته باشد اما محل بحث این است که آیا صرف مأذون بودن کافی است یا اینکه باید خصیصه های لازم به این اذن ضمیمه شود تا امانی بودن محقق شود؟

۳. مستندات قاعده عدم ضمان امین

برای اثبات مفاد قاعده عدم ضمان امین به ادله ای استناد شده است که ابتدا به بیان این ادله و سپس به نقد و ارزیابی آن ها می پردازیم:

۳.۱. قاعده احسان

در منابع قواعد فقهی با تکیه بر آیه ۹۱ سوره توبه^{۲۷} یکی از مستندات عدم ضمان امین، قاعده احسان ذکر شده است؛ به این بیان که وقتی امین را نیکوکار فرض کردیم و قائل شدیم که تعدی و تفریطی از سوی او صورت نگرفته و تلف یا نقص مال به سببی خارج از اراده وی بوده است، عقل برای وی غرامت و مسئولیت را نمی پذیرد و آن را قبیح می شمارد.^{۲۸} طبق این بیان گرچه عنوان امین و محسن موضوعاً و حکماً

۲۴. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲/۲۶۹؛ کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ۱/۷۴.

۲۵. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲/۴۸۳؛ شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ۲/۱۰۸؛ امامی، حقوق مدنی، ۲/۱۷۰.

۲۶. محقق داماد، قواعد فقه، ۱/۹۲؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۲/۱۵ تا ۲/۱۵؛ فاضل لکرنی، القواعد الفقهیه، ۳/۳۵.

۲۷. «ما علی المحسنین من سبیل؛ بر نیکوکاران راهی برای مواخذه نیست.» (توبه: ۹۱)

۲۸. بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۲/۱۰.

ممکن است متفاوت باشد اما مصداقاً یکی هستند و از ملاک واحدی برخوردارند و آن ملاک واحد این است که امین و محسن در چهارچوب آنچه ازسوی صاحب مال و به خصوص ازسوی شرع معین شده است عمل می کنند و در این صورت، چنانچه مال نزد محسن یا امین بدون تقصیر و تفریط و به سبب بلایای طبیعی تلف یا معیوب شود، ضامن نیستند.^{۲۹}

در منابع فقهی نیز یکی از ویژگی های امین را محسن بودن وی دانسته اند؛^{۳۰} زیرا نگهداری مال دیگری برای حفظ آن مادامی که صاحب مال آن را طلب نکند، احسان به وی محسوب است.^{۳۱}

۲.۳. ارزیابی قاعده احسان

این دلیل مناقشه پذیر است؛ زیرا به رغم آنکه اکثریت فقها امانی بودن را به همه عقود که قابض، مال را به اذن مالک اخذ کرده و اجازه تصرف در آن دارد، تعمیم داده و امین را محسن پنداشته اند؛ لیکن آن گاه که خواسته اند به مصادیق محسن بودن امین اشاره کنند، تنها از چند عقد امانی نام برده اند که در همه آنها معیار محافظت از مال برای رعایت مصلحت و منفعت مالک بدون اخذ اجرت وجود دارد.

نویسندگان کتب قواعد فقهی نیز اگرچه قاعده احسان را به عنوان یکی از مستندات قاعده عدم ضمان امین ذکر کرده اند، لکن از تعمیم این دلیل به همه عقود امانی دوری جسته و احسانی بودن امانت را به عقود خاصی منحصر دانسته اند.

نویسنده ای چنین نظر می دهد: «محسن صرفاً بر شخص امانی صدق می کند که مال را از مالک در جهت منافع خود مالک می گیرد اما اگر مال را به جهت منافع خود اخذ کند، دیگر این عنوان بر وی صادق نیست.»^{۳۲} وی در این مورد از عاریه و مضاربه و عقود مانند آن دو نام می برد.

محقق داماد در کتاب قواعد فقه چنین می نویسد: «بعضی از موارد ید امانی از مصادیق قاعده احسان است، ولی تمام موارد ید امانی را نمی توان از مصادیق قاعده مزبور به حساب آورد؛ چراکه در عاریه، شخص مستعیر برای انتفاع خویش مال دیگری را در دست دارد، نه به قصد خیرخواهی و خدمت به صاحب مال و ما در بحث قاعده احسان گفته ایم که مورد قاعده احسان فقط جایی است که شخص هیچ گونه قصد کسب نفع شخصی نداشته باشد.»^{۳۳}

جمع بندی کلام اندیشمندان فقهی ما را بدین معنا رهنمون می سازد که اکثریت عقود امانی از تحت

۲۹. فرحی، تحقیق فی القواعد الفقهیه، ۳۹.

۳۰. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۴۳۴/۲۷.

۳۱. اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۳۴۶.

۳۲. زارعی سبزواری، القواعد الفقهیه، ۱۴۰/۲.

۳۳. محقق داماد، قواعد فقه، ۹۳/۱.

بکابی و دیگران؛ تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی/ ۶۹

قاعده احسان خارج هستند و در نتیجه، با استناد به قاعده احسان نمی‌توانند در شمول قاعده عدم ضمان امین قرار گیرند، جز شماری از عقود چون ودیعه،^{۳۴} وکالت تبرعی،^{۳۵} آخذ لقطه که از مال نگهداری می‌کند تا اینکه صاحب مال را بیابد.^{۳۶}

به راستی چرا فقها ید مستأجر، مستعیر، مستودع، وکیل، مرتهن، عامل در عقود مضاربه، مساقات، مزارعه و سایر عقود امانی را ید امانی می‌دانند اما هنگام اشاره به محسن بودن امین فقط احسان را به شمار معینی از عقود امانی اختصاص می‌دهند؟ این تخصیص نشان از آن دارد که بنابر ارتکاز عرفی، امین در همه عقود که امانی نامیده شده است محسن محسوب نیست و در نتیجه برای شمول قاعده عدم ضمان امین بر همه این عقود یا باید امین را محسن ندانست که این برخلاف فرض اکثر فقها در عقد ودیعه و سایر عقود امانی تبرعی و احسانی است یا باید امین را محسن دانست اما سایر عقود امانی را که در آن‌ها امین نه در اندیشه و کلام فقها محسن است و نه مال را بدون اجرت به منظور رعایت مصلحت مالک محافظت می‌کند، از شمول قاعده عدم ضمان امین خارج دانست.

۳.۳. روایات

در باب عدم ضمان امین به روایاتی استناد شده است که پایان آن‌ها با عبارات «لیس علیه غرم بعد أن یکون الرجل امیناً»،^{۳۷} «إن کان مأموناً فلیس علیه شیء و إن کان غیر مأمون فهو ضامن»،^{۳۸} «لیس علی المؤمن ضمان»،^{۳۹} «لیس علی الامین الا الیمین»^{۴۰} آمده است.

فقها با استناد به این عبارات چنین استدلال کرده‌اند که عبارت «لیس علیه غرم بعد أن یکون الرجل امیناً» نزد عرف در مقام تعلیل یا به منزله تعلیل است^{۴۱} و اگرچه روایت در باب معینی وارد شده است، اما مورد باعث تخصیص نمی‌شود و تمامی مواردی که فرد از سوی مالک امین محسوب شود، تحت این قاعده کلی قرار دارد.^{۴۲}

۳۴. محسنی، الضمانات الفقهیه و اسبابها، ۱۹۷؛ اسماعیل پور قمشه‌ای، النعم السابقات، ۳۹۳؛ ذهنی تهرانی، المباحث الفقهیه، ۲۱۱/۱۴؛ زارعی سبزواری، القواعد الفقهیه، ۳۶۲/۲.

۳۵. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۳۹۴/۲۱؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۳۱۶/۸؛ ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۳۹/۳.

۳۶. مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۵۱/۲.

۳۷. کلینی، الکافی، ۲۳۹/۵؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۲۲۸/۱۳.

۳۸. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۵۰ تا ۱۴۹/۱۹.

۳۹. محدث نوری، مستدرک الوسائل، ۱۶/۱۴.

۴۰. کلینی، الکافی، ۲۳۸/۵.

۴۱. مدرسی، البیع، ۳۱۰/۲؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ۲۵۳/۲.

۴۲. فاضل لنگرانی، القواعد الفقهیه، ۲۹/۱.

همچنین ممکن است ادعا شود لازم نیست امانت‌نهادن مال نزد دیگری به حمل اولی باشد که صرفاً عقد ودیعه را شامل شود، بلکه امانت‌نهادن می‌تواند به حمل شایع صناعی مواردی که مالک مال را به دیگری برای استیفای حقش می‌سپارد، از باب امانت مالکی محسوب شود و روایات آن‌ها را شامل شوند. بنابراین روایات، در همه موارد امانت مالکی چه به حمل اولی و چه به حمل شایع صناعی را در بردارد.

۳.۴. ارزیابی روایات

استدلالات مذکور با احتمالاتی که در پی می‌آید، خدشه‌پذیر است:

احتمال اول؛ هنگامی تعلیل بودن عبارات پایانی احادیثی نظیر «إِنْ كَانَ مَأْمُونًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ فَهُوَ ضَامِنٌ»،^{۴۳} «إِنْ كَانَ مَأْمُونًا فَلَا تَضْمَنُ»^{۴۴} پذیرفتنی است که به صورت «لَأَنَّهُ أَمِينٌ» بیان می‌شد، نه به صورت جمله شرطیه «ان کان ماموناً»؛ بنابراین پذیرفتنی نیست که این فراز از حدیث در مقام تعلیل باشد و بتوان به سایر موارد تعمیم داد.^{۴۵}

به نظر می‌رسد مفهوم مخالف جمله شرطیه دلالت بر آن دارد که افزون بر عنصر اذن، فرد مأذون باید توسط مالک مورد وثوق و اطمینان باشد، وگرنه روایات در منتفی شمردن حکم ضمان مستقیماً اشاره به امین بودن قابض می‌کردند، نه آنکه بخواهند در قالب جمله شرطیه بیان کنند.

شاید به همین دلیل تعریف «ائتمان» نزد عده‌ای از فقها به معنای سپردن مال به دیگری است، درحالی‌که به وی اطمینان و وثوق در حفظ و نگهداری وجود دارد؛ یعنی می‌توان اطمینان کرد که کاری که موجب ضرر رساندن به مال می‌شود انجام نمی‌دهد، چه این کار انجام فعل یا ترک فعلی باشد که سبب آسیب‌رسیدن به مال شود.^{۴۶}

احتمال دوم؛ اینکه امام معصوم (ع) با بیان عبارت «لَيْسَ عَلَيْهِ غَرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا» در یکی از روایات درصدد بیان این نکته است که از فرد امین خیانت سر نمی‌زند و در پی آن برای تلف مال در دست کسی که امین محسوب شود، جز علل سماوی و اسباب طبیعی نمی‌ماند که چنانچه تعدی و تفریطی در کار نباشد به امین بودن او ضرری نمی‌رساند و او را ضامن نمی‌سازد و بدین اعتبار قضیه جنبه اخباری

۴۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/۱۴۴ تا ۱۴۵.

۴۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/۱۵۰.

۴۵. متن کامل روایت بدین شرح است: خبر خالد بن الحجاج: سألت أبا عبد الله (ع) عن المأخوذ احتله الطعام ثم أقبضه منه فینقص؟ فقال: «إِنْ كَانَ مَأْمُونًا فَلَا تَضْمَنُ» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/۱۵۰) و خبر ابی بصیر عن ابی عبد الله (ع): «فِي الْجَمَالِ يَكْسِرُ الَّذِي يَحْمِلُ أَوْ يَهْرِيقُهُ، فَقَالَ: «إِنْ كَانَ مَأْمُونًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ فَهُوَ ضَامِنٌ» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۹/۱۴۴ تا ۱۴۵).

۴۶. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۲/۱۳.

پیدا می‌کند.^{۴۷}

احتمال سوم؛ بنابر فرموده شهید صدر احتمال دارد که روایت بیانی باشد برای قضیه‌ای که درباره آن قضیه از امام معصوم (ع) سؤال شده باشد؛ بدین معنا که امام (ع) فرموده‌اند: بعد از آنکه درباره این قضیه او را امین قرار دادی، ضامن نیست؛ مانند آنکه ما از پزشکی درباره خوردن سیب سؤال کنیم و پزشک در پاسخ بگوید اگر شیرین باشد اشکال ندارد. این بدان معنا نیست که هر چیزی که شیرین باشد را می‌توان تناول کرد.^{۴۸}

براین اساس، تعمیم عبارت «لیس علیه غرمٌ بعد أن یکون الرجل أميناً» - که چه بسا در مورد خاص وارد شده باشد - به همه عقود امانی جای تأمل و تردید است.

احتمال چهارم؛ ممکن است مراد از عبارت «هو الذي اتَّخذته أميناً» این باشد که «کسی که او را امین قرار دادی و مال را نزد او به عنوان امانت سپردی، ضامن نیست.» در نتیجه، معنا این می‌شود که در هر معامله‌ای که مالک، قابض را امین قرار دهد، وی ضامن نیست. براساس این احتمال مقصود از امین در روایات، امین واقعی و حقیقی و عرفی است، آن‌گونه که شهید صدر این احتمال را تقویت می‌کند که ممکن است مراد از «بعد ان یکون الرجل امیناً»، امین واقعی باشد که نزد عرف به وثاقت و عدالت مشهور است و خیانتی از وی سر نزده است، نه هر کسی که مالی به دست وی سپرده شود و مراد از این عبارت اخبار از قضیه واقعی باشد.^{۴۹}

طبق این احتمال، روایات صرفاً شامل عقد ودیعه می‌شود که قابض، امین تلقی می‌شود؛ از آن‌رو که مالک او را امین قرار می‌دهد و شمول این کلام برای عقود همچون اجاره و رهن و مضاربه مشکل است. مؤید این احتمال، کلام برخی از نویسندگان است که «قصد امانت نهادن» را یکی از ارکان اصلی تحقق عقود امانی می‌دانند و معتقدند صرف اذن و اجازه، تحقق دهنده مفهوم امانت نیست.^{۵۰}

یکی از نویسندگان چنین می‌نویسد: به امانت نهادن مال نزد فرد مأذون بایستی ناشی از اختیار فرد اذن‌دهنده باشد، نه آنکه حق لازم و مسلّم بر آذن باشد؛ بدین معنا که انگیزه فرد اذن‌دهنده از تسلیط قابض بر مال، به امانت گذاشتن مال باشد، نه آنکه قرار باشد به دلیل تعهد به عقد و تسلیم عین، مال را به فرد مقابل تسلیم کند.^{۵۱}

۴۷. صدر، کتاب البیع، ۸۹/۳.

۴۸. صدر، کتاب البیع، ۸۸/۳.

۴۹. صدر، کتاب البیع، ۸۹/۳.

۵۰. نوری، رساله فی قاعدة ضمان ید، ۳۳.

۵۱. اشکوری، بغية الطالب، ۲۱۸/۱.

بر این مبنا، شهید صدر عقود چون رهن و اجاره را که مالک مال را نه از باب امانت نهادن نزد دیگری، بلکه به سبب وفای به عقد و الزام به تسلیم مال برای استیفای حق در اختیار قابض قرار می دهد، از تحت عقود امانی و در نتیجه، از شمول قاعده عدم ضمان امین خارج می داند.^{۵۲}

احتمال پنجم؛ این احتمال راجع به روایت «لیس علی الامین الا الیمین» راه یافته و محتمل است این روایت دلالت داشته باشد که در مقام مرافعه چیزی برعهده امین نیست تا با حجت و استدلال آن را اثبات کند.^{۵۳}

علاوه بر این روایات عام، دسته ای دیگر از روایات در باب خاصی همچون عاریه،^{۵۴} رهن،^{۵۵} صاحب بضاعت^{۵۶} وارد شده اند.

به نظر می رسد مضمون این دسته از روایات آن است که آن کس که در واقع امین و ثقة است و مالک، مال را به عنوان امانت به وی می سپارد خیانت نمی کند و آن کس که خیانت درباره او صادق نیست، در صورت تلف بدون تعدی و تفریط ضامن نیست، ولی آن کس که متهم است و در واقع، امین نیست و مال به عنوان امانت به وی سپرده نمی شود ضامن است، مگر آنکه بینه بر عدم ضمان اقامه کند.

بنابراین، این روایات حول محور امانت و عدم امانت دور نمی زنند؛ بلکه فرض روایات بر ضمان و عدم ضمان است که اگر وثاقت و عدالت گیرنده مال به اثبات رسیده باشد ضامن نیست، مگر آنکه بینه علیه وی اقامه شود و در صورت عدم اثبات عدالت و اطمینان، وی ضامن است، مگر آنکه بینه بر برائت وی اقامه شود.

احتمال ششم؛ در مقابل، روایاتی که حکم می کنند چنانچه گیرنده مال امین باشد، ضامن نیست؛ روایاتی نیز دال بر ضمان امین جز در صورت اقامه بینه وجود دارد، از جمله: ابوبصیر از امام صادق (ع) نقل می کند: از حضرت (ع) درباره کسی پرسیدم که من به او لباس داده ام تا آن را تعمیر کند اما وی ادعا می کند که لباس من همراه با کالاهای دیگر به سرقت رفته است. حضرت (ع) فرمود: او باید بر اینکه لباس تو در بین اجناس او به سرقت رفته است بینه اقامه کند، در این صورت چیزی برعهده او نیست و اگر تمامی

۵۲. صدر، کتاب البیع، ۹۲/۳.

۵۳. صدر، کتاب البیع، ۹۰/۳.

۵۴. عن ابن ابي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن ابي عبد الله (ع) قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان (حر عاملي، وسائل الشیعة، ۹۳/۱۹).

۵۵. ویاسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن احمد بن محمد، عن النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن ابيه، عن علی (ع) في رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن، فقال الراهن: هو بكذا وكذا، وقال المرتهن: هو بأكثر، قال علی (ع): يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه أمينه (حر عاملي، وسائل الشیعة، ۴۰۳/۱۸).

۵۶. حسنة الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان (حر عاملي، وسائل الشیعة، ۷۹/۱۹).

بکابی و دیگران؛ تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی/ ۷۳

اجناس او به سرقت رفته باشد نیز چیزی برعهده او نخواهد بود.^{۵۷}

حلبی از امام صادق (ع) درباره حمالی که روغن حمل می کند، نقل کرده است: «اگر از دستش برود یا ریخته شود یا راهزنان کالای او را برابند، هرگاه بینة عادلای اقامه کند که اموال او توسط راهزنان دزدیده شده یا از دست رفته است چیزی برعهده او نیست و در غیر این صورت ضامن است.»^{۵۸}

اینکه در این دو روایت بار اثبات بر دوش خیاط یا حمال نهاده شده است، دلیل است که ضوابط امانت در خصوص این دو رعایت نشده است، در غیر این صورت باید بر این دو سوگند تحمیل می شد.

۳. ۵. لزوم عسرو حرج

از جمله دلایل بیان شده بر حجیت قاعده عدم ضمان عبارت است از اینکه: ضامن شمردن امینان سبب انسداد باب امانت و تعطیلی این قاعده و در نتیجه سبب عسرو حرج خواهد شد.^{۵۹}

این دلیل متین و خوبی است مشروط بر آنکه، چنین عسرو حرجی لازم آید و چنین عسرو حرجی در صورت نفی کلی قاعده عدم ضمان امین است، در حالی که فرضیه این تحقیق در صدد چنین نفی ای نیست و فقط احکام امین را در مواردی از عقود امانی غیر تبرعی مورد انکار قرار می دهد.

۳. ۶. سیره عقلا

دلالت سیره عقلا بر حجیت قاعده «عدم ضمان امین» از ضروریات است، حتی ممکن است که ادعا شود عدم ضمان امین حکمی عقلی است و تقریب آن بدین وجه است که: بعد از آنکه ثابت شد قابض امین است و نسبت به مالک محسن است و تعدی و تفریطی نیز از سوی وی صورت نگرفته، بلکه تلف، سماوی است و مستند به فعل امین نیست، عقل ضامن دانستن امین را ظلم و امری قبیح می داند.^{۶۰}

یکی از فقها در تقریر دلیل سیره عقلا می گوید: «عقلای عالم پیوسته حکم به عدم ضمان کسی می کنند که وی را امین بر مال خود پنداشته اند.»^{۶۱} لیکن سخن در صدق و انطباق این معنا بر همه عقود است که امانی نامیده شده است. تردید جدی در این است که آیا در عقدی چون اجاره، عاریه، مضاربه تحویل مال بر مبنای امین شمردن آخذ انجام می شود یا به منظور گسترش تعاملات انسانی و همکاری های اقتصادی و اجتماعی که دو طرف انتظار سود و منفعت خود را دارند. به تعبیر دیگر، انتظار عمل به مقتضای امانت از سوی مالک به سبب اغراض عقلایی غیر از امین محسوب کردن آخذ است. بنابراین به نظر می رسد

۵۷. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱/ ۱۴۲.

۵۸. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱/ ۱۵۳.

۵۹. حسینی مراغی، مفتاح الکرامة، ۲/ ۸۵.

۶۰. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۲/ ۱۲؛ تسخیری، القواعد الفقهية و الاصولية، ۳/ ۶۰.

۶۱. مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ۲/ ۲۶۷.

صغرای سیره دربارهٔ امین انگاشتن پاره‌ای از مأذونیت در اخذ مال محل تردید باشد. به هر روی، دلیل سیره متین و مطلوب است اما دربارهٔ همهٔ مأذونین جاری نمی‌شود؛ زیرا همان‌گونه که گذشت در عقود همچون عاریه گرچه مستعیر مأذون از سوی مالک است اما نسبت به مالک، محسن محسوب نیست؛ بلکه تصرف وی در مال مالک به دلیل مصلحت شخصی است، نه مصلحت مالک.

۳.۷. اجماع

ادعای اجماع بر عدم ضمان امین، دلیل دیگری در اثبات قاعدهٔ عدم ضمان امین است.^{۶۲}

۳.۸. ارزیابی دلیل اجماع

برای استناد به دلیل اجماع برای اثبات قاعدهٔ عدم ضمان امین، دو بحث صغروی و کبروی مطرح است: بحث کبروی آن است که برای قاعدهٔ نفی ضمان دربارهٔ امین اجماع فقها جاری است. دربارهٔ جنبهٔ کبروی بحث باید گفت: محتمل است باوجود دلایل ذکرشده در این خصوص، به‌ویژه روایات فراوان، اجماع مذکور اجماع اصطلاحی در اصول فقه که کاشف از قول معصوم در آن مطرح است، نباشد؛ بلکه اجماع مدرکی باشد که مستند به ادله و وجوه دیگر است و چنین اجماعی فی نفسه معتبر نیست.^{۶۳} اصولیان متأخر، اجماع مدرکی، بلکه محتمل‌المدرک را به‌خودی‌خود فاقد حجیت و اعتبار دانسته‌اند. بحث صغروی آن است که آیا ید قابض در چه وضعیتی امانی است؟ چندگانگی اندیشه و دیدگاه فقها در ماهیت و عناصر تشکیل‌دهندهٔ قاعدهٔ عدم ضمان امین سبب شده است که مقولهٔ صغروی با اختلاف در آرا مواجه شود و درنتیجه، تمسک به دلیل اجماع را با مشکل روبه‌رو سازد.

اینک ضوابطی بیان می‌شود که شماری از فقها برای امانی بودن ید قابض ارانه کرده و براساس این ضوابط عقود امانی متعددی را از شمول قاعدهٔ عدم ضمان امین خارج کرده و در عقد ودیعه و دیگر عقود تبرعی و احسانی منحصر کرده و از این رهگذر تمسک به دلیل اجماع دچار اختلال شده است.

أ. **مجانی بودن:** امانت مالکی در نگاه شماری از فقها، با ضمیمه‌شدن عنصر «بلاعوض و مجانی بودن» به اذن شکل می‌گیرد.^{۶۴} با ارائهٔ این معیار وجهی ندارد عقود نظیر اجاره که اجیر مال را در ازای دریافت مزد در دست دارد، مشمول ادلهٔ امانت واقع شود.^{۶۵}

مادهٔ ۶۰۷ قانون مدنی مجانیت را تنها در عقد ودیعه، ساری و جاری می‌داند: «ودیعه عقدی است که

۶۲. فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، ۲۷/۱، صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۰۲/۲۷.

۶۳. مظاهری، عوائد القواعد الفقهية، ۲۵/۱.

۶۴. روحانی، منهاج الفقاهة، ۲۷۵/۳؛ محقق داماد، قواعد فقه، ۱۰۳۵۱۰۲/۱.

۶۵. خمینی، البیع، ۴۵۳؛ یزدی، عروة الوثقی، ۷/۵.

به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگه دارد.»

ب. **رعایت مصلحت مالک:** رعایت مصلحت مالک، نه مصلحت قابض و نه مصلحت هردو، نزد عده ای دیگر یکی از ارکان تشکیل دهنده قاعده عدم ضمان امین است.^{۶۶} شیخ طوسی نقطه افتراق عقد رهن و عقد ودیعه را در این می داند که مودع، حافظ مال دیگری برای منافع مالک است اما در عقد رهن، مرتهن مال را برای منافع خویش که وثیقه ای است برای استیفای دین در دست دارد.^{۶۷}

به همین دلیل، علت پذیرش قول مودع هنگام اختلاف در رد مال در عقد ودیعه، مصلحت مالک دانسته شده است و عدم پذیرش قول قابض در رد مال در سایر عقود امانی را اشتراک در انتفاع از مال بیان کرده اند و این گونه عقد ودیعه را از سایر عقود امانی جدا کرده اند.^{۶۸}

می توان گفت خلاف مقتضای قاعده عدالت و انصاف است که عقدی که قابض هیچ منفعتی و سودی از مال نمی برد با عقود که قابض با دردست داشتن مال از آن بهره می برد، یکسان باشند و حکم به عدم ضمان همه آن ها براساس قاعده عدم ضمانت امین شود.

ج. **حفاظت و نگهداری:** حفاظت و نگهداری از مال از دیگر ویژگی هایی است که سبب شده است عده ای دیگر از فقها مفهوم امین را درباره کسی صادق بدانند که مالی به وی سپرده می شود به منظور اینکه از آن نگهداری کند؛ از این رو اطلاق عنوان امین بر آن کس که اجازه تصرف در مال را دارد و آن کس که صرفاً صیانت از مال برعهده اوست به طور یکسان صادق نیست، گرچه هر دو مأذون از سوی مالک هستند؛ زیرا کاربرد قاعده عدم ضمانت امین مربوط به موردی است که مالک، دیگری را به سبب صیانت از تلف، بر مال خود مسلط می گرداند، نه به عنوان تصرف در مال.^{۶۹} براین اساس، به باور برخی از فقها مقصود از استیمان، استیمان حقیقی است و آن عبارت است از اینکه شخصی برای حفظ و رعایت شئون مال، امین فرض شود، مانند عقد ودیعه...^{۷۰}

این ویژگی سبب شده است که عقد امانی در اندیشه برخی از فقها به عقد امانی محض و غیر محض تقسیم بندی شود و عقد ودیعه زیر مجموعه عقد امانی محض باشد و این گونه از سایر عقود امانی متمایز شود.

۶۶. حسینی مراغی، العناوین الفقهية، ۴۸۴/۲.

۶۷. طوسی، المبسوط، ۱۴۱/۴.

۶۸. طباطبایی حکیم، مصباح المنهاج، ۳۱۷.

۶۹. خویی، مصباح الفقاهة، ۱۱۴/۳.

۷۰. اصفهانی، حاشية المكاسب، ۹۶/۲.

یکی از اندیشمندان در این باره چنین می‌نویسد: «عقد امانی محض (یا مستقیم) عقدی است که هدف آن صرفاً نگهداری مال یکی از دو طرف قرارداد به وسیله طرف دیگر است. مصداق منحصر به فرد این عقد، ودیعه است که مودع مال را صرفاً به منظور حفظ و نگهداری به مستودع می‌دهد. عقد امانی غیر محض، عقدی است که هدف اصلی آن چیزی غیر از نگهداری مال است ولی در ضمن، مالک خواهان آن است که طرف مقابل، مال او را در حفظ خود داشته باشد، از قبیل عاریه که هدف اصلی مستعیر این است که از مال دیگری مجاناً بهره‌برد و در عین حال، مالک نیز ضمن تسلیم مال خود این هدف را در نظر دارد که مستعیر از مال او نگهداری کند.»^{۷۱}

نیک پیداست که این دسته از فقها امین را در مفهوم عرفی و لغوی و اخلاقی آن به کار می‌برند و این برداشت از واژه امین با عقود که فقها امانی پنداشته‌اند، مطابقت ندارد.

بیان صفات و ضوابط به منظور تعیین ماهیت و محدوده امانی بودن عقد، اجماع فقها را در استناد به قاعده عدم ضمان امین درباره شخص صرفاً مأذون از سوی مالک دچار اشکال می‌کند.

در خاتمه این جستار به نکته‌ای حقوقی توجه داده می‌شود؛ در ماده ۶۳۱ قانون مدنی آمده است: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است.»

آن‌گونه که از ماده ۴۹۳ و ۶۴۰ قانون مدنی بر می‌آید مسئولیت ضمانت از شخص مستأجر و مستعیر در صورت عدم تعدی و تفریط برداشته شده است، بدون آنکه تصریح به امین بودن این دو شخص شود.

همچنین ماده ۵۵۶ و ۵۸۴ قانون مدنی، مضارب و شریک مال التجاره را در حکم امین می‌داند و تنها حکم عدم ضمان امین را به اینان سرایت می‌دهد، بی‌آنکه اینان را موضوعاً امین بنامد.

از مدلول این مواد استفاده می‌شود قانونگذار ایران در توسعه احکام امانت از دیدگاه مشهور فقهی پیروی کرده است اما براساس نتایج این تحقیق، در راستای اصلاح قانون پیشنهاد می‌شود قانونگذار در مقام اثبات، شرط ضمان را به رسمیت بشناسد و نیز در موارد اختلاف و نزاع بار اثبات را بر دوش گیرنده مال قرار دهد.

۴. بیان تفصیلی در باب ثمره تحقیق

فقیهان ضمن بیان مباحث مربوط به عقود امانی، شرط ضمان امین را موجب بطلان عقد دانسته‌اند، بی‌آنکه بین عقد ودیعه و دیگر عقود امانی تمایز قائل شوند. ایشان یکی از دلایل عدم صحت شرط ضمان

بکابی و دیگران؛ تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی/ ۷۷

در عقود امانی را خلاف مقتضای عقد بودن ذکر کرده و معتقدند: شرط ضمان، آثاری را که عقد ذاتاً اقتضای آن را داشته و منظور اصلی طرفین بوده است منتفی می‌سازد و به دلیل منافات بین مفاد عقد و شرط، هر دو باطل است.^{۷۲} یکی از فقها علت بطلان شرط ضمان را مشابهت آن عقود با عقد ودیعه می‌داند.^{۷۳}

در هر حال، پرسش این است که آیا وصف امانت، مقتضای ذات همه آنچه عقود امانی نامیده شده، است؟ آیا اقتضای ذاتی عقد ودیعه با سایر عقود امانی یکسان است تا بتوان در همه آن‌ها حکم به عدم صحت شرط ضمان به دلیل مخالف بودن با مقتضای عقد کرد؟

پاسخ برخی از فقها و بسیاری از حقوق دانان به پرسش فوق منفی است و شرط ضمان را در عقود امانی صحیح دانسته‌اند؛ زیرا معتقدند وصف امانت در عقود امانی، اثر ذاتی آن نیست تا شرط ضمان، برخلاف مقتضای عقود امانی باشد.^{۷۴} برای نمونه، اثر ذاتی عقودی چون اجاره را تملیک منفعت در مقابل عوض،^{۷۵} عاریه را حق انتفاع مستعیر از مال مورد عاریه،^{۷۶} مضاربه را حق تجارت عامل با مال مالک دانسته‌اند.^{۷۷} شاهد بر ادعای فوق، اجماع فقها در شرط صحت ضمان در عقد عاریه است.^{۷۸} در عقد عاریه شارع ابتدائاً شرط ضمان را در خصوص عاریه طلا و نقره صحیح دانسته است. اگر امانی بودن و در نتیجه، عدم ضمان، مقتضای ذاتی عقد عاریه بود، پس چگونه حکم به صحت شرط ضمان کرده است؟ ممکن است اشکال شود صحت شرط ضمان در عقد عاریه تابع نص خاص و روایاتی است که در این زمینه وجود دارد^{۷۹} و تعمیم‌دادنی به دیگر عقود امانی نیست.

در پاسخ باید گفت: اگرچه در دلالت روایاتی که شرط ضمان در عاریه را صحیح اعلام کرده است، تردید نیست؛ ولی از آنجاکه عقد عاریه در لسان فقها در کنار دیگر عقود امانی ذکر شده است نیز به دلیل فقدان خصوصیت و ویژگی منحصر به فرد در عاریه می‌توان با الغای خصوصیت و به کارگیری سازوکار تنقیح مناط و از راه وحدت ملاک، شرط ضمان را در دیگر عقود امانی، صحیح و لازم الوفا دانست. خلاصه اینکه، شرط ضمان در عقد ودیعه باطل است؛ زیرا مخالف با مقتضای عقد؛ یعنی امانت

۷۲. شهید ثانی، الروضة البهية، ۳/۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۲۵۸/۷؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۷۶۴/۱۹؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۱۷/۲۷.

۷۳. محقق کرکی، جامع المقاصد، ۲۵۸/۷.

۷۴. یزدی، عروة الوثقی، ۶۱/۵؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۲/۲۶.

۷۵. خمینی، البیع، ۲۹۷/۱؛ آبی، کشف الرموز، ۳۰/۲؛ طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۱۳/۹.

۷۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۵۶/۲۷؛ شهید ثانی، الروضة البهية، ۲۵۵/۴.

۷۷. یزدی، عروة الوثقی، ۱۴۴/۵؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۵۷۷/۱.

۷۸. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۲۴۴/۱۶؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۸۳/۲۷؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵۳/۵.

۷۹. العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ان يشترط (ابن‌بابويه، كتاب من لا يحضره الفقيه، ۳۰۲/۳).

است،^{۸۰} حتی مطابق با دیدگاه کسانی که شرط ضمان را در سایر عقود صحیح می‌دانند.

جمع‌بندی دیدگاه فقها و حقوق‌دانان ما را به این مسئله رهنمون می‌سازد که شرط ضمان در عقد ودیعه، بدون هیچ اختلافی خلاف مقتضای عقد است، حتی آنان که شرط ضمان را در سایر عقود امانی صحیح می‌دانند، این شرط را در عقد ودیعه باطل و خلاف مقتضا می‌دانند. همین اقتضا و اثر عقد است که مسیر عقد ودیعه را که اقتضای امانی دارد از سایر عقود امانی که اقتضای متفاوتی دارند جدا می‌سازد. جای بسی شگفتی است که باوجود آنکه نویسندگان اکثر کتب فقهی و حقوقی مقتضای ذاتی عقود چون عاریه، رهن، اجاره، مضاربه را چیز دیگری ذکر کرده‌اند و تنها مقتضای ودیعه را امانی بودن دانسته‌اند، درعین حال هنگام استفاده از قاعده عدم ضمان امین همه عقود را با وصف امانت در یک ردیف و هم‌رتبه با عقد ودیعه قرار داده و به‌طور یکسان حکم به عدم ضمان کرده‌اند و این به دلیل عدم تفکیک میان دو مقوله امانت ذاتی و عرضی است.

ثمره دوم تحقیق، در مسائل اختلافی و مقام دادرسی جلوه‌گر می‌شود. در این فرض، چنانچه در خصوص تلف مال تردید پدید آید یا با علم به تلف مال شک شود که آیا تلف مستند به تعدی یا تفریط بوده یا نبوده است، در این مورد آیا قول متصرف، که مدعی است مال بدون تفریط و تعدی وی تلف شده، پذیرفته است یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش، مشهور فقها معتقدند: طبق دیدگاه عمومیت و شمول عقود امانی، ظاهر آن است که در عقود چون عاریه، اجاره، مضاربه و مانند آن که گیرنده مال امین محسوب است، بار اثبات مدعا در خصوص تعدی و تفریط بر دوش مالک قرار دارد و قول امین در مقام انکار با سوگند وی پذیرفته می‌شود، به دلیل عموم ادله نفی ضمان از امین و نیز استصحاب عدم تعدی و تفریط.^{۸۱} بنابر عقیده برخی از فقها، این بحث مربوط به مقام اثبات است و واژه امانت در این مقام در مقابل خیانت استعمال می‌شود، نه غصب.^{۸۲} لیکن مطابق دیدگاهی که در این مقاله تقویت شده است در عقود چون اجاره، عاریه و مانند آن بار اثبات مدعا بر دوش امانت‌گیرنده قرار می‌گیرد و بدون اقامه ادله اثباتی مبنی بر اینکه وی آنچه مقتضای حفظ مال بوده انجام داده است، در شمول عمومات مثبت ضمان واقع می‌شود.

۸۰. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۲۹/۴؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۲۹/۲.

۸۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۵۱/۱۴؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۰۱/۱۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۶۲/۵؛ خویی، مبانی عروة الوثقی، ۱۶/۱.

۸۲. مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ۲۴۹/۲.

نتیجه‌گیری

در تحقق حقیقت امانت ویژگی‌هایی از این دست دخیل است: قصد سپردن امانت به دست فرد امین و ثقه، مجانی و تبرعی بودن، احسانی بودن امانت، اختیاری بودن تسلیم مال مورد امانت. در این صورت، عقد امانی مصداقاً بر ودیعه و دیگر عقود که جنبه احسانی آن بارز است و هیچ منفعتی به نفع قابض به دنبال ندارد، صدق می‌کند. به گفته دیگر، امین نه در مفهوم اخلاقی، نه در معنای لغوی و عرفی، صرفاً به مأذون در تصرف اطلاق نمی‌شود؛ بلکه امین، مأذون در حفظ و نگهداری از مال یا عمل تبرعی در راستای مصلحت اذن دهنده بدون دریافت اجرت یا منفعت است و فضیلت احسان، وی را به این امر سوق داده است.

از بیان فوق این نتیجه حاصل می‌شود که قاعده عدم ضمان امین که در زمینه امانت مالکی مطرح است، در عقود امانی به تفسیر وسیع و شایع آن کاربرد ندارد؛ از این رو حکم به عدم ضمان و خروج از عموم «علی الید...» را به عنوان نتیجه قاعده نتوان در عقود که قابض، مال را با اذن مالک ولی به مصلحت خود دریافت کرده است، ثابت دانست.

مستندات بیشتر فقها برای قاعده عدم ضمان امین، به معنای وسیع آن خدشه پذیر است؛ زیرا اولاً استناد به قاعده احسان صحیح نیست، مستعیر، مستأجر، مرتهن، عامل در مضاربه و مزارعه و مساقات لزوماً از سر نیکی و خیرخواهی مال را در دست ندارند تا محسن تلقی شوند. در این موارد، غالباً قابض از عین مأذونه به نفع خود بهره و انتفاع می‌برد؛ ثانیاً از یک سو، تمایز میان عقد ودیعه و دیگر عقود که جنبه احسانی دارند و از سوی دیگر، سایر عقود امانی واضح است و این امر، اجماع فقها در استناد به عدم ضمان امین برای عدم ضمان در همه عقود امانی را دچار خدشه می‌کند.

تمامیت روایاتی همچون «لیس علیه غرم بعد أن یکون الرجل أميناً» نیز که فقها برای قاعده بدان استناد کرده‌اند دچار ایراد است؛ زیرا محتمل است از امام (ع) در مورد خاص سؤال شده باشد و ایشان هم براساس آنچه پرسیده شده است پاسخ داده باشند؛ یعنی اینکه خصوصیت مورد در پاسخ امام دخیل باشد، ضمن اینکه در روایات، امین را معاف از پرداخت خسارت دانسته‌اند، نه مأذون را.

به راستی، اگر قرار باشد عقد ودیعه و دیگر عقود امانی تبرعی و احسانی با سایر عقود امانی یکسان شمرده شود و احکام قاعده عدم ضمان امین درباره شخصی که بدون هیچ منفعت و سودی به منظور مصالح مالک، مال را صیانت کرده با قابضی که به منظور بهره‌برداری و انتفاع از مال، در آن دخل و تصرف کرده است برابر باشد و حکم به عدم ضمان هر دو در صورت عدم تعدی و تفریط شود، آیا طبق قاعده عدل و انصاف رفتار شده است؟

اینکه فقها در همه آنچه عقود امانی نامیده شده است، عدم ضمان را تعلیق به اذن کرده‌اند، این اذن مطلق نیست؛ چراکه شرط ضمنی ارتکازی وجود دارد که اذن‌دهنده، اذن خود را به عدم تعدی و تفریط مقید کرده است. در این صورت، هیچ ظاهری وجود ندارد که براساس آن بتوان حصول این قید یا شرط را احراز کرد. به عبارت دیگر، نتوان گفت ظاهر آن است که در تلف مال، تعدی یا تفریط صورت نگرفته است. بنابراین، چنانچه مال در دست قابض تلف شود یا خسارت پیدا کند و آخذ مدعی عدم تعدی یا تفریط شود، خود او باید بار اثباتی را بر دوش کشد و صرف مأذون بودن، مسئولیت را از دوش وی بر نمی‌دارد. اصل عدم تعدی و تفریط هم در برابر ظاهر حال محکوم است.

نتیجه اینکه، در حکم به عدم ضمان یا باید حقیقت عدم ضمان امین آن‌گونه که توضیحش گذشت تحقق یابد یا اذن در قبض، مقرون به قرینه‌ای باشد که امین بودن قابض را به اثبات رساند و در نبود قرینه، ظاهر حال از قابض حمایت نمی‌کند؛ بلکه عرف، بار مسئولیت را بر دوش آخذ می‌نهد و در این صورت، اثبات عدم تعدی و تفریط و درنهایت، عدم ضمان برعهده خود اوست. ازسویی، حکم به عدم ضمان امین به ملاکی که در این مقاله بر آن تأکید شد، در واقع پاداشی است ازسوی شارع به دلیل عمل اخلاقی و محسنانه‌ای که ازسوی امین صورت گرفته است.

منابع

- آبی، حسن بن ابی طالب. کشف الرموز. بی‌جا: مؤسسة النشر الإسلامی. بی‌تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۳ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. قم: دار الفکر. ۱۳۹۹ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۰۷ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار صادر. ۱۴۱۴ق.
- اسماعیل پور قمشه‌ای، محمد علی. النعم السابغات. قم: منظمة الاوقاف والشؤون الخيرية. ۱۳۹۰.
- اشکوری، ابوالقاسم بن معصوم. بغیة الطالب فی شرح المکاسب. قم: انوار الهدی. ۱۴۲۲ق.
- اصفهان‌ی، محمد حسین. حاشیة المکاسب. قم: ذوی القربی. ۱۴۲۷ق.
- امامی، حسن. حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة. ۱۳۷۴ق.
- بجنوردی، محمد حسن. القواعد الفقهية. قم: هادی. ۱۳۷۷.
- تسخیری، محمد علی. القواعد الاصولية والفقهية على مذهب الامامية. تهران: مجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامية. ۱۴۳۱ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. بی‌تا.

- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. مفتاح الكرامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۹ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوين الفقهية. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۷ق.
- خمينی، روح الله. البيع. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمينی. ۱۳۶۸.
- خمينی، روح الله. تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمينی. بی تا.
- خویی، ابوالقاسم. مبانی العروة الوثقی. قم: مدرسة دار العلم لطفی. ۱۴۰۹ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. قم: انصاریان. ۱۴۱۷ق.
- ذهنی تهرانی، محمدجواد. المباحث الفقهية. قم: وجدانی. ۱۳۶۶.
- رشتی، حبیب الله بن محمد علی. كتاب الاجاره. بی جا: بی نا. بی تا.
- روحانی، محمدصادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی. ۱۴۲۹ق.
- زارعی سبزواری، عباس علی. القواعد الفقهية. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية. ۱۴۳۰ق.
- سبزواری، عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: دار التفسیر. ۱۳۸۸.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية. بیروت: دار التراث. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتاب فروشی داوری. ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الافهام الى آیات الأحکام. قم: مؤسسة معارف اسلامي. ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی. اصول قراردادها و تعهدات. تهران: مجلد. ۱۳۸۱.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۳۶۲.
- صدر، محمد. کتاب البيع. قم: محبین. ۱۴۳۲ق.
- طباطبای حکیم. محمد سعید. مصباح المنهاج. قم: دار الهلال. ۱۴۳۵ق.
- طباطبای کربلانی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسة النشر الاسلامي. ۱۴۱۹ق.
- طباطبای، محمد حسین. المیزان. قم: اسماعیلیان. بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط. تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية. ۱۳۸۷.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. تهران: مكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية. بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد. القواعد الفقهية. قم: فقه الأئمة الأطهار. ۱۳۸۳.
- فرحی، علی. تحقیق فی القواعد الفقهية. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية. ۱۴۳۰ق.
- فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. بیروت: المكتبة العلمية. بی تا.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی: دورة عقود معین. تهران: شرکت انتشار. ۱۳۷۸.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الكتب الاسلامية. ۱۳۶۷.

- گرچی، ابوالقاسم. آیات الاحکام؛ حقوق و جزای. تهران: میزان. ۱۴۰۲.
- محدث نوری، حسین بن محمدتقی. مستدرک الوسائل. بیروت: آل البيت (ع) لاحیاء التراث. ۱۴۰۸ق.
- محسنی، محمدآصف. الضمانات الفقهية و اسبابها. قم: پیام مهر. ۱۳۸۲.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية. ۱۴۱۸ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرایع الاسلام. قم: اسماعیلیان. ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۴۱۶ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین. جامع المقاصد. قم: آل البيت لاحیاء التراث. ۱۴۱۴ق.
- مدرس، محمد رضا. البيع. قم: دار التفسیر. ۱۳۹۲.
- مرعی، حسین عبدالله. القاموس الفقهي. بیروت: دار المجتبى. ۱۴۱۳ق.
- مظاهری، حسین. عوائد القواعد الفقهية. اصفهان: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء. ۱۳۹۷.
- معین، محمد. فرهنگ فارسی معین. تهران: ادنا. ۱۳۸۶.
- مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقهية. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب. ۱۳۷۰ق.
- موسوی خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. تهران: صدوق. ۱۳۵۵.
- نوری، فضل الله. رساله فی قاعدة ضمان ید. قم: مؤسسه الجعفریة لاحیاء التراث. ۱۴۱۴ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. عروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۲۰ق.

Transliterated Bibliography

- Abi, Ḥasan ibn Abi Ṭālib. *Kashf al-Rumūz*. S.l. Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. s.d.
- ‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawīya li-Iḥyā’ al-‘Āsar al-Ja’fariya, s.d.
- Ashkivarī, Abū al-Qāsim ibn Ma’sūm. *Bughya al-Ṭālib fī Sharḥ al-Makāsib*. Qum: Anwār al-Hudā. 2001/1422.
- Bujnūrdī, Muḥammad Ḥasan. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: Hādī. 1998/1377.
- Farahī, ‘Alī. *Tahqiq fī al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: Jāmi’ah al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-‘Ilmiyah. 2009/1430.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: Fiqh al-A’imah al-Aṭhār. 1964/1383.
- Fiyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munir fī Gharib al-Sharḥ al-Kabir li-l-Rāfi’i*. Beirut: al-Maktaba al-‘Ilmiyya. s.d.
- Gurjī, Abū al-Qāsim. *Āyāt al-Aḥkām; Huqūq va Jazā’i*. Tehran: Mizān, 1982/1402.

- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī‘a*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Tūrāth al-‘Arabī. s.d.
- Ḥusaynī Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī. *al-Anāvin al-Fiqhiyah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1996/1417.
- Ḥusaynī ‘Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.
- Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muḥadhdhab al-Bārī‘ fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1987/1407.
- Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu‘jam Maqāyīs al-Lughah*. Qum: Dār al-Fikr. 1979/1399.
- Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār Ṣādir. 1993/1414.
- Imāmī, Ḥasan. *Huqūq-i Madanī*. Tehran: Kitābforūshī Islāmīyyah. 1996/1374,
- Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Hāshiya al-Makāsib*. Qum: Dhawil al-Qurbā. 2006/1427.
- Ismā‘īl pūr Qumshih-i, Muḥammad ‘Alī. *al-Ni‘am al-Sābiḡāt*. Qum: Munazamah al-Awqāf wa al-Shu‘ūn al-Khiyriya. 2012/1390.
- Kātūziyān, Nāṣir. *Huqūq-i Madanī: Durūh-yi ‘Uqūd-i Mu‘ayyan*. Tehran: Shirkat Sahāmī 2009/1387.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Madanī al-‘Urwa al-Wuthqā*. Madrisah-yi Dār al-‘Ilm Luṭfi. 1989/1409.
- Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Qum: Anṣāriyān. 1996/1417.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Bay‘*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. 1990/1368.
- Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. Tehran: Mū’assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī, s.d.
- Khuwānsārī, Aḥmad. *Jāmi‘ al-Madārik fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Tehran: Ṣadūq. 1977/1355.
- Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1989/1367.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *al-Qawā‘id al-Fiqhiyah*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib. 1951/1370.
- Mar‘ā, Ḥusayn ‘Abd Allāh. *al-Qāmūn al-Fiqhī*. Beirut: Dār al-Mujtabā. 1993/1413.
- Mazāhirī, Ḥusayn. *‘Awā‘id al-Qawā‘id Fiqhiyah*. Isfahān: Mū’assisah-yi Farhang Muṭālī‘āt al-Zahrā’. 2019/1397.

- Mudarrisī, Muḥammad Riḍā. *al-Bayʿ*. Qum: Dār al-Tafsīr, 2014/1392.
- Muḥaddith Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā'il*. Beirut: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth. 1988/1408.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawā'id Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum-i Islāmī, 1995/1416.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Qum: Mū'assisa al-Maṭbū'āt al-Dīniya, 1997/1418.
- Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharāy' al-Islām*. Qum: Ismā'īliyyān. 1988/1408.
- Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *Jāmi' al-Maqāṣid*. Qum: Āl al-Bayt li-Iḥyā' al-Tūrāth. 1991/1411.
- Muḥsinī, Muḥammad Āṣif. *al-Ḍimānāt al-Fiqhiyah wa Asbābu-hā*. Qum: Payām Mihr, 1963/1382.
- Mu'īn, Muḥammad. *Farhang Fārsī Mu'īn*. Tehran: Adnā . 2007/1386.
- Nūrī, Faḍl Allāh. *Risālah fi Qā'idih Ḍamān Yad*. Qum: Mū'assisa al-Ja'fariya li-Iḥyā' al-Tūrāth, 1993/1414.
- Rashtī, Ḥabīb Allāh ibn Muḥammad 'Alī. *Kitāb-i al-Ijārah*. S.l. s.n. s.d.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. *Minhāj al-Faqāha*. Qum: Anwār al-Hudā, 2008/1429.
- Sabzawārī, 'Abd al-A'lā. *Muḥadhdhab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Dār al-Tafsīr. 2006/1384.
- Ṣadr, Muḥammad. *Kitāb-i al-Bay'*. Qum: Muḥibīn, 2011/1432.
- Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. 1984/1362.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqiya fi Fiqh al-Imāmiya*. Beirut: Dār al-Tūrāth, 1989/1410.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiya fi Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqiyah*. Qum: Kitābfurūshī al-Dāwarī. 1990/1410.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *Masālik al-Afhām ilā Āyāt al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisah-yi Ma'ārif Islāmī, 1993/1413.
- Shahīdī, Mahdī. *Uṣūl Qarārdād-hā va Ta'ahhudāt*. Tehran: Majd. 2003/1381.
- Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Sa'īd. *Miṣbāḥ al-Minhāj*. Qum: Dār al-Hilāl. 2014/1435.
- Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī. *Riyāḍ al-Masā'il fi Bayān al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1998/1419.
- Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān*. Qum: Ismā'īliyyān. s.d.

بکایی و دیگران؛ تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی/ ۸۵

Taskhīrī, Muḥammad ‘Alī. *al-Qawā’id al-Uṣūliyya wa al-Fiqhiyya ‘alā Mazhab al-Imāmīya*. Tehran: Majma‘ al-‘Ālamī lil-l-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīyya. 2010/1431.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ*. Tehran: al-Maktaba Murtaẓawīya li-Iḥyā’ al-Āsār al-Ja‘fariya, 1968/1387.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn ‘Abd al-‘Azīm. *al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1999/1420.

Zārī f Sabzawārī, ‘Abbās ‘Alī. *al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*. Qum: Jāmi‘ah al-Mudarrisin fi al-Ḥawzah al-‘Ilmiyyah. 2009/1430.

Ẓihnī Tihirānī, Muḥammad Javād. *al-Miṣbāḥ al-Fiqhiyyah*. Qum: Vujdānī, 1988/1366.



An Interpretation of Quran and the Constitution: Similarities between the Interpretive Method of *Shr'a* Jurisprudence and American Law

Dr. Reza Pour Mohammadi

Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, Family and Woman Research Center, Qom, Iran

Email: r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

Abstract

The present article makes a comparison between the interpretive theories in the method of Islamic *Shr'a* Jurisprudence and American Law, and explains how these two legal systems, which are entirely different and at times opposing, have adopted similar approaches in interpreting the law, as mentioned in the Quran and the Constitution. The comparison is comprised of four sections: The role of exoteric meaning in the interpretive tradition of *Imāmi* jurisprudence and American Law. Whether meaning is fixed or changeable. The role of purpose or objectives of Islamic laws (*maqāsid al-sharī'ah*). Considering the interpretive consequences by jurists and legal scholars. The main claim of the paper is that although the interpretive traditions of *Imāmi* jurisprudence and American law had emerged in entirely different cultural contexts, they have a fairly similar theoretical framework due to their shared focus on "customary meaning" and the antiquity of the interpreted text. It is expected that the study will create new capacities and horizons for comparative research in *uṣūl al-fiqh*.

Keywords: text-oriented approach, exoteric meaning, *Ākhūnd Khurāsānī*, Scalia, objective-oriented approach





تفسیر قرآن و قانون اساسی؛

مشابهت‌های سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا

دکتر رضا پورمحمدی

استادیار گروه فقه و حقوق، پژوهشکده زن و خانواده، قم، ایران

Email: r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

چکیده

این پژوهش با رویکردی تطبیقی، به بررسی مشابهت‌های روش‌شناختی در سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا می‌پردازد. با وجود تفاوت‌های بنیادین در مبانی معرفتی و بسترهای فرهنگی، نتایج نشان می‌دهد که هر دو نظام در تفسیر متون مرجع خود - قرآن کریم و قانون اساسی - در چهار محور اصلی همگرایی دارند: محوریت معنای ظاهری و عرفی الفاظ، رویکرد اصالت‌گرایانه به معنا، احتیاط در پذیرش اهداف غیر مصرح قانون‌گذار، و بی‌توجهی نسبی به پیامدهای اجتماعی تفسیر. تحلیل تطبیقی این وجوه اشتراک، افق‌های تازه‌ای را برای توسعه مطالعات تطبیقی در حوزه اصول فقه و نظریه تفسیر حقوقی می‌گشاید و زمینه گفت‌وگو میان دو سنت حقوقی ظاهراً ناهمگون را فراهم می‌آورد.

واژگان کلیدی: نص‌گرایی، معنای ظاهری، آخوند خراسانی، اسکالیا، قصدگرایی.

مقدمه

در فقه اسلامی احکام خاص و ویژه‌ای برای صید با سلاح وجود دارد.^۱ برای مثال، از امام باقر(ع) نقل شده: «مَنْ جَرَحَ صَيْدًا بِسِلَاحٍ وَ ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ... فَلْيَأْكُلْ مِنْهُ»^۲ این احکام ناظر به صید با سلاح‌های متعارف در آن زمان؛ یعنی شمشیر و تیرکمان بوده و در برخی روایات به این امر تصریح شده است.^۳ در تفسیر روایات مذکور یکی از پرسش‌های مطرح‌شده برای فقها این است که آیا عبارت «مَنْ جَرَحَ صَيْدًا بِسِلَاحٍ» شامل گونه‌های مستحدثه سلاح؛ مانند تفنگ نیز می‌شود؟^۴ این مسئله ریشه در پرسشی بنیادی‌تر دارد و آن این است که آیا اساساً اطلاعات و عمومات ذکرشده در آیات و روایات شامل موضوعات نوپدید می‌شوند یا خیر؟ در این خصوص نظریات متعددی از سوی فقها ارائه شده اما آنچه درخور تأمل است، استناد موافقان و مخالفان به رویه عقلا در تفسیر کلمات قانون است؛^۵ یعنی هم مخالفان و هم موافقان استدلال می‌کنند که نظریه پیشنهادی آنان موافق با رویه عقلای عالم در تفسیر عبارات روزمره و قوانین است. نظیر این مواجهه را در دیگر مباحث اصول فقه (به‌ویژه مباحث الفاظ) نیز مشاهده می‌کنیم.^۶ در چنین شرایطی برای راستی‌آزمایی این ادعاها باید به سراغ دیگر نظام‌های عقلایی-خصوصاً نظام‌هایی که تحت‌تأثیر سنت تفسیری اصول فقه نبوده‌اند- رفت و روش تفسیری آنان را بررسی کرد. اما آیا چنین مقایسه‌ای از اساس صحیح است؟ برای مثال، آیا از اساس اصلاً ادبیات مشترکی میان سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا وجود دارد تا بتوان به مقایسه روش تفسیری آنان پرداخت؟ ممکن است ادعا شود که هر نوع مطالعه تطبیقی میان روش تفسیری فقه و حقوق آمریکا از اساس غلط و گمراه‌کننده است؛ زیرا مقایسه و تطبیق، فرع بر وجود یک‌سری اشتراکات است و میان این دو نظام هیچ اشتراکی نیست.^۷ ادعای مقاله حاضر این است که به میزان تفاوت‌های موجود میان فقه و حقوق آمریکا، شباهت نیز وجود دارد. برای مثال، ازجمله بحث‌های مفصل در حقوق آمریکا این است که آیا عمومات ذکرشده در قوانین قدیمی شامل موضوعات نوپدید نیز می‌شود؟ لان فولر، حقوق‌دان برجسته آمریکایی، این پرسش را مطرح می‌کند که آیا عمومات ممنوعیت حمل «سلاح خطرناک» نیز شامل خودکاری می‌شود که اشعه‌کشنده پرتاب

۱. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۶۲/۲۳.

۲. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۶۲/۲۳.

۳. حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۳۶۳ تا ۳۶۲/۲۳.

۴. محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ۵۷۶/۲؛ طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل، ۲۷۴/۱۳؛ نراقی، مستند الشیعة، ۳۱۹/۱۵؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۵/۳۶.

۵. نک: پورمحمدی، نوبهار، «استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید؛ مطالعه تطبیقی فقه امامیه و حقوق آمریکا»، ۹۴ تا ۹۵.

۶. نک: محقق داماد، حسینی نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۱۳۴/۱، ۱۷۵.

۷. نک: پورمحمدی، «اصول حاکم بر پژوهش‌های تطبیقی در حقوق»، ۹۷ تا ۹۷.

می‌کند؟^۸ پاسخ و استدلالی که او ارائه می‌دهد بسیار مشابه با پاسخ محقق سبزواری در شمول واژه «سلاح» نسبت به تفنگ است.^۹

در این مختصر نوشتار قصد ندارم تا به مطالعه مکاتب و قواعد تفسیر متن در این دو نظام حقوقی بپردازم. نگارنده پیشتر ذیل دو اثر مستقل با عناوین «مکاتب تفسیری در فقه امامیه» و «تفسیر قانون؛ نظریات و قواعد تفسیری» به تفصیل در این باره بحث کرده است.^{۱۰} دغدغه اصلی در اینجا پاسخ به این پرسش است که چه مشابهتهایی میان سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا وجود دارد؟ برای پاسخ به این پرسش، به مقایسه اصول حاکم بر تفسیر قرآن کریم (مهم‌ترین متن نزد فقیهان امامیه) و قانون اساسی ایالات متحده (مهم‌ترین متن نزد حقوق‌دانان آمریکایی) می‌پردازیم. علت چنین انتخابی این است که مکاتب تفسیری هم در سنت تفسیری اسلام و هم آمریکا پیرامون این دو متن پدید آمده‌اند. ازسوی دیگر بسیاری، از قرآن کریم با عنوان «قانون اساسی اسلام» یاد کرده‌اند.^{۱۱} از این رو شاید بتوان مدعی شد که این مقاله به مقایسه روش‌های تفسیری دو قانون اساسی می‌پردازد. با این انگیزه، جستار حاضر ذیل پنج بخش سامان یافته است: در بخش اول مروری مختصر بر مکاتب تفسیری در حقوق آمریکا داریم و سپس در قالب چهار بخش به مقایسه محوری‌ترین مباحث تفسیری در سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا می‌پردازیم. این محورها عبارت‌اند از: جایگاه معنای ظاهری در تفسیر (بخش دوم)؛ ثبات یا متغیر بودن معنا (بخش سوم)؛ هدف‌گرایی در تفسیر (بخش چهارم) و در نظر گرفتن پیامدها و نتایج تفسیر (بخش پنجم). دلیل انتخاب این محورها به این سبب است که هریک از آن‌ها تأثیر مهمی در شکل‌دهی مکاتب تفسیری دارد.

۱. در آمدی بر ساختارهای تفسیر قانون اساسی در حقوق آمریکا

قانون اساسی ایالات متحده آمریکا در سال ۱۷۸۹ میلادی به تصویب رسید. این قانون، از جمله قدیمی‌ترین قانون‌های اساسی موجود در جهان است که با گذشت بیش از دو قرن هنوز به قوت خود باقی است. قانون اساسی آمریکا تاکنون هیچ تغییری نکرده و صرفاً اصلاحیه‌ها و متمم‌هایی به آن افزوده شده

^۸ See Fuller, *American Legal Realism*, 429, 445-46.

^۹ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ۵۷۶/۲.

^{۱۰} نک: محقق داماد، پورمحمدی، تفسیر قانون؛ نظریات و قواعد تفسیری؛ محقق داماد، پورمحمدی، مکاتب تفسیری در فقه امامیه. همچنین نک: محقق داماد، حسینی نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، دفتر اول: تفسیر فقهی.

^{۱۱} آملی، المعالم المأثورة، ۵۵/۳؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۱۵۰/۲، ۳۱۶؛ زحیلی، التفسیر الوسیط، ۷۸۰/۱؛ مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۱۱/۱، ۳۹۳/۱۰، ۲۲/۱۱؛ معرفت، التمهید فی علوم القرآن، ۲۰/۱. مشخصاً تحت‌تأثیر این باور است که برخی کشورهای اسلامی، مانند عربستان از تدوین قانون اساسی مستقل خودداری کرده‌اند.

است.^{۱۲} قدمت و جایگاه ویژه این قانون در آمریکا موجب شده است تا روش‌های تفسیر آن اهمیت ویژه‌ای پیدا کند. برای تقریب به ذهن، همان‌طور که در اسلام مکاتب و ادبیات تفسیری راجع به تفسیر قرآن کریم شکل گرفت، در حقوق آمریکا نیز ادبیات تفسیری با محوریت تفسیر قانون اساسی پدید آمد. به‌طور کلی، در حقوق آمریکا چهار مکتب تفسیری بیشترین طرفداران را دارد: نص‌گرایی، هدف‌گرایی، قصدگرایی و عمل‌گرایی.^{۱۳} نص‌گرایان، در تفسیر به معنای ظاهری عبارات قانون اهمیت می‌دهند و سعی می‌کنند از دخالت دادن هر امر برون‌متنی (قزاین غیرلفظی) خودداری کنند.^{۱۴} قصدگرایان و هدف‌گرایان همان‌طور که از نام آن‌ها پیداست؛ به‌ترتیب، محوریت تفسیر را به قصد و هدف قانونگذار می‌دهند؛^{۱۵} ازاین‌رو اگر معنای ظاهری مخالف با قصد و هدف باشد، آن را تأویل می‌کنند و معنایی موافق با قصد و هدف را می‌پذیرند.^{۱۶} عمل‌گرایان نیز در تفسیر سعی می‌کنند تا کارآمدترین تفاسیر را ارائه دهند، هرچند مطابق با قصد یا هدف قانونگذار نباشد.^{۱۷} اکنون با در نظر گرفتن این مقدمه به مقایسه سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا می‌پردازیم.

۲. معنای ظاهری عبارات

معنای ظاهری، در واقع معنایی است که مخاطب - به‌عنوان یکی از افراد عرف - از ظاهر کلام گوینده می‌فهمد.^{۱۸} برای مثال، عرف از شنیدن واژه «سیب» به معنای میوه‌ای مشخص منتقل می‌شود. معنایی را به‌اصطلاح «معنای ظاهری» یا «معنای عرفی» گویند که هم در سنت تفسیری فقه امامیه و هم حقوق آمریکا به‌عنوان بنیادی‌ترین مفهوم تفسیری قلمداد می‌شود.

۲. ۱. معنای ظاهری در سنت فقه امامیه

این ادعا گزاره نیست اگر گفته شود همه مباحث الفاظ اصول فقه امامیه در واقع تلاشی است برای

12. See Kammen, *The Origins of the American Constitution*; Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*; Fruchtmann, *American Constitutional History*.

۱۳. نک: محقق داماد، پورمحمدی، تفسیر قانون؛ نظریات و قواعد تفسیری؛ پورمحمدی، درآمدی بر تفسیر حقوقی.

14. See Scalia and Garner, *Reading Law*, 86; Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments*, Greenough and Kittredge, *Words and Their Ways in English Speech*, 324-25.

15. See Cross, *The Theory and Practice of Statutory Interpretation*, 59-60; Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 89; Manning and Stephenson, *Legislation and Regulation, Cases and Materials*, 22.

16. Gorsuch, "2016 Sumner Canary Memorial Lecture," 137.

17. See Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 26; Posner, *How Judges Think*, 7-8; Posner, "What Has Pragmatism to Offer Law?," 1664; Luban, "What's Pragmatic about Legal Pragmatism?"; Posner, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," 539.

۱۸. علامه حلی، نه‌ایه الوصول، ۴۰۵/۲؛ صدر، بحوث، ۳۷۷/۹؛ خویی، مصباح‌الاصول، ۲۸۱/۱.

شناخت معنای ظاهری آیات و روایات. محقق خویی در تعریف معنای ظاهری می‌گوید: «منظور از معنای ظاهری، آن معنایی است که اهل عرف از کلام می‌فهمد.»^{۱۹} غالب فقیهان امامیه باور دارند که قرآن کریم (یا حداقل آیات الاحکام) به زبان عرفی و فهمیدنی نازل شده است، زیرا هدف آن تنظیم روابط حقوقی و عبادی مکلفان است، پس باید به اندازه‌ای به عرف و زبان روزمره مخاطبان خود نزدیک باشد که آن را بفهمند. از این رو، از جمله پیش‌فرض‌های مسلم در تفسیر قرآن کریم نیز همین است که این متن مقدس از زبان عرفی پیروی کرده است و در تفسیر آن نیز باید فهم عرفی و معنای ظاهری را محور قرار داد.^{۲۰} این رویه در تفاسیر ائمه (ع) از آیات الاحکام نیز دیده می‌شود که براساس معنای ظاهری به استنباط احکام پرداخته‌اند.^{۲۱}

البته برخی فقیهان امامیه با تفسیر براساس معنای ظاهری مخالف‌اند. پیروان این نظریه، که عموماً با عنوان «اخباری» شناخته می‌شوند، صرفاً تفسیر براساس معنای صریح را اجازه داده و تفسیر براساس معنای ظاهری را روا نمی‌دانند.^{۲۲} برای مثال، حر عاملی (۱۱۰۴ق) نیز بابتی در وسائل الشیعة گشوده و چنین ابراز داشته است: «استنباط احکام نظری از ظواهر قرآن روا نیست، مگر بعد از شناخت آن‌ها از امامان معصوم علیهم السلام.»^{۲۳}

در هر حال، جریان اصلی در سنت فقه امامیه، براساس معنای ظاهری به تفسیر آیات قرآن کریم می‌پردازد. البته ناگفته نماند که در این سنت، معنای ظاهری اصالت ندارد و صرفاً از باب کاشفیت از قصد شارع معتبر است. شهید صدر در این باره می‌گوید: «هیچ شک و شبهه‌ای نزد همه [اصولیان و فقیهان] وجود ندارد که منظور از أصالة الظهور همانا رسیدن و کشف مراد جدی و مقصود متکلم است.»^{۲۴} یعنی معنای ظاهری «سنگ نشان است که ره گم نشود.» از این رو، اگر فقیه به طریقی مانند شهرت فتوایی یا اجماع

۱۹. خویی، مصباح الأصول، ۲۸۱/۱ (المراد من الظهور هو الذي يفهمه اهل العرف من اللفظ).

۲۰. محقق داماد، حسینی نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۱۳۴/۱، ۱۷۵.

۲۱. نک: صدر، اصول و قواعد استنباط ائمه از قرآن، ۳۷۲ تا ۳۹۹، ۴۰۱.

۲۲. استرآبادی، الفوائد المدنية وبذيله الشواهد المكية، ۲۷۰؛ حر عاملی، الفصول المهمة، ۵۳۶/۱؛ حر عاملی، الفوائد الطوسية، ۱۸۶، ۴۷۵؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۷۶/۲۷.

۲۳. نک: حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۱۷۶/۲۷؛ مجلسی، مرآة العقول، ۵۲۱/۱۲ تا ۵۲۲.

۲۴. صدر، بحوث، ۲۶۶/۴-۲۶۷ (لا إشكال عند الجميع في ان المقصود من أصالة الظهور انما هو التوصل إلى إثبات المراد الجدي للمتکلم). همچنین آخوند خراسانی در این باره می‌فرماید: «لا شبهة في لزوم اتباع ظاهر كلام الشارع في تعيين مراده في الجملة لاستقرار طريقة العقلاء على اتباع الظهورات في تعيين المرادات» (آخوند خراسانی، کفاية الأصول، ۲۸۱)؛ خویی: «تفسير ايضاح و آشکار ساختن مراد جدی خداوند متعال از کتاب عزیزش می‌باشد» (خونی، البيان في تفسير القرآن، ۳۹۷). موسوی خمینی، «معنی تفسیر کتاب آن است که شرح مقاصد آن کتاب را بنماید و نظر مهم به آن، بیان منظور صاحب کتاب باشد» (خمینی، آداب الصلاة، ۱۹۲). «کشف مراد خدای تبارک و تعالی از الفاظ کتاب عزیز و قرآن مجیدش مانند کشف مراد دیگر گویندگان بشری از طریق کتب آنان است که برای بیان مقاصد و مرادهای خود وضع کرده‌اند» (فاضل موحدی لنگرانی، مدخل التفسیر، ۱۸۴-۱۸۵).

کشف کند که مقصود شارع چیز دیگری است، متن را موافق با قصد - هرچند خلاف ظاهر - تفسیر می‌کند یا آن را به‌طور کلی کنار می‌گذارد. این در حالی است که نص‌گرایان آمریکایی همان‌طور که به‌زودی اشاره می‌کنیم، برای معنای ظاهری - بما هو معنای ظاهری - ارزش و اعتبار قائل‌اند.

۲.۲. معنای ظاهری در حقوق آمریکا

در سنت تفسیری حقوق آمریکا سه معادل برای معنای ظاهری وجود دارد: معنای عرفی،^{۲۵} معنای ساده^{۲۶} و معنای عمومی.^{۲۸۲۷} قاضی هلمز (۱۹۳۵م) در تعریف معنای ظاهری می‌نویسد: «معنایی است که کلمات در دهان یک گوینده عادی انگلیسی‌زبان افاده می‌کنند.»^{۲۹} معنای ظاهری کلمات برای همه مکاتب تفسیری در حقوق آمریکا مهم است اما در میان آن‌ها، نص‌گرایان بیشترین تأکید را بر معنای ظاهری عبارات قانون اساسی دارند.^{۳۰}

طرفداران نص‌گرایی، در تفسیر عبارات قانون اساسی صرفاً خود را وفادار به معنای ظاهری عبارات دانسته و از دخالت دادن هر امر برون‌متنی (مانند قیاس، علت غیرمنصوص، مشروح مذاکرات، اموری مانند مقاصد الشریعة) اکیداً خودداری می‌کنند.^{۳۱} قاضی اسکالیا، از رهبران نص‌گرایی، «قاعده تفسیر براساس معنای ظاهری»^{۳۲} را به‌عنوان بنیادی‌ترین قاعده معناشناختی در تفسیر حقوقی معرفی می‌کند.^{۳۳} او در شرح این قاعده می‌نویسد: «کلمات قانون باید براساس معنای عرفی و روزمره خود تفسیر شوند، مگر اینکه سیاق لفظی نشان دهد که معنای خاص دیگری می‌دهند.»^{۳۴} قاضی مارشال، چهارمین رئیس دادگستری ایالات متحده در سال‌های ۱۸۰۱ تا ۱۸۳۵ میلادی نیز در این باره می‌نویسد: «کلمات و عبارات قانون اساسی باید با

25 ordinary meaning

26 plain meaning

27 public meaning

28 Tobia, "Testing Ordinary Meaning," 736.

البته تفاوت‌های جزئی میان این عبارات وجود دارد اما با اندکی مسامحه همه در معنای ظاهری به کار می‌روند. نک:

Slocum, *Ordinary Meaning*, 23-25.

29 Holmes, "The Theory of Legal Interpretation," 419-20.

30. 25, 26; *Constitutional Fate*, 237; Bobbitt, *Understanding for the Original See*, e.g., Brest, "The Misconceived Ques 30. Scalia, *A Matter of Interpretation, New Edition*, 23; Noonan, *Narrowing the Nation's Power*, 9.

۳۱. نک: محقق داماد، پورمحمدی، تفسیر قانون؛ نظریات و قواعد تفسیری، ۳۸۶؛ پورمحمدی، درآمدی بر تفسیر حقوقی، ۴۴ تا ۵۰؛ پورمحمدی، سیمایی صراف، «جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی»، ۴۵ تا ۶۷؛ پورمحمدی، سیمایی صراف، «ضوابط استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی»، ۳۰ تا ۴۹.

32. Ordinary-Meaning Canon

33. Scalia and Garner, *Reading Law*, 79.

34. Scalia and Garner, 79.

این پیش فرض فهم و درک شوند که کلمات در معنای عرفی خود به کار رفته‌اند.^{۳۵} نمونه تفسیری براساس معنای ظاهری را می‌توانید در مثال ذیل ملاحظه کنید:

قسمت اول از متمم چهاردهم قانون اساسی آمریکا مقرر می‌دارد: «همه افراد (All persons) از حقوق مساوی برخوردارند.» در تفسیر قانون مذکور برخی گفته‌اند: هرچند عبارت «همه افراد» عام است ولی این قانون با قصد ایجاد برابری میان سیاه‌پوستان و سفیدپوستان وضع شده است، لذا باید معنای آن را صرفاً محدود به برابری حقوق سیاه‌پوستان و سفیدپوستان دانست.^{۳۶} از این رو، نمی‌توان از آن برای برابری میان مردان و زنان یا برابری ادیان بهره جست. اما قضات نص‌گرا، که صرفاً به معنای ظاهری اهمیت داده و کاری به قراین غیرلفظی ندارند، تفسیر مذکور را نمی‌پذیرند؛ زیرا عبارت «همه افراد» ظهور در عمومیت دارد، در نتیجه تبعیض میان هر فرد و گروهی را شامل شود.

باتوجه به محوریت معنای ظاهری در مکتب نص‌گرایی، طرفداران این مکتب دست به تألیفات متعددی در زمینه قواعد تفسیری و روش‌های کشف معنای ظاهری زده‌اند.^{۳۷} قاضی اسکالیا، از اصلی‌ترین نظریه‌پردازان نص‌گرایی، کتاب مفصلی در باب قواعد تفسیری تألیف کرده است که مباحث و استدلال‌های آن شباهت زیادی به مباحث الفاظ اصولیان دارد.^{۳۸} برای نمونه، به سه بحث ذیل اشاره می‌کنیم:

۱. قاعده معنای ثابت^{۳۹} (بحث‌های حقیقت شرعیه، ظهور حین‌الصدور و ظهور حین‌الوصول، اصالت عدم نقل معنا و...).

۲. قاعده اصالة‌العموم^{۴۰} و حمل عام بر خاص^{۴۱} (بحث‌هایی نظیر چیستی عموم، الفاظ عموم، علل تقدم خاص بر عام، مخصص نبودن مورد عموم، حمل الفاظ عام بر موضوعات نوپدید و...).

۳. قاعده معنای مخالف^{۴۲} (چیستی مفهوم مخالف، علل تقدم مفهوم مخالف بر منطوق، انواع مفهوم مخالف و...).

35. Chief Justice John Marshall, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 71 (1824).

36. Cf. Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634, 649-50 (1973); See also Farnsworth, "Women Under Reconstruction."

37. See Scalia and Garner, *Reading Law*; Jellum, *Mastering Statutory Interpretation*.

38. Scalia and Garner, *Reading Law*.

39. Scalia and Garner, 86 "Fixed-Meaning Canon."

40. Scalia and Garner, 103 "General-Terms Canon."

41. Scalia and Garner, 172 "General/Specific Canon."

42. Scalia and Garner, 108 "Negative-Implication Canon."

۳. فهم اصالت‌گرایانه

در تقسیمی کلی می‌توان نظریات تفسیری را به نظریات اصالت‌گرا^{۴۳} و غیراصالت‌گرا^{۴۴} تقسیم کرد. با اندکی مسامحه، اصالت‌گرایان باور دارند که معنای عبارات قانون ثابت است و مفسر باید معنایی را به عبارات قانون بدهد که اصالتاً واجد آن معناست. در نتیجه، تغییر و تحولات اجتماعی هیچ تأثیری بر معنای قانون نخواهد داشت. در این بخش از مقاله اصالت‌گرایی در سنت فقه و حقوق آمریکا را بررسی می‌کنیم.

۳.۱. فهم اصالت‌گرایانه در سنت فقه امامیه

هماره جریان غالب در تفسیر فقهی بر این بوده است که مفسر باید ظهور متن هنگام صدور یا به تعبیر اصولیان «الظهور حين الصدور» را به دست آورد.^{۴۵} شهید صدر در بحوث این پرسش را مطرح می‌کند: «کدام یک از دو ظهور حجت است: ظهوری که در عصر صدور نص پدید می‌آید یا ظهور پدیدآمده در عصر فهم نص؟»^{۴۶} سپس پاسخ می‌دهد: «همانا آنچه [در تفسیر متن] معتبر است ظهور پدیدآمده در عصر صدور نص می‌باشد؛ زیرا طبق مکتب ما، حجیت ظاهر - چنان‌که اشاره کردیم - امری تبعیدی نیست؛ بلکه اصلی عقلانی مبتنی بر قضاوت در مورد وضعیت ظاهری گوینده است و ظاهر حال او بر پیروی از روش‌های عرف و زبان در مقام فهماندن و فهمیدن استقرار یافته است. این ظاهر حال، همان سرّی است که مبنای اصالة الظهور قرار می‌گیرد.»^{۴۷}

طراحی و ارائه بسیاری از قواعد تفسیری و ضمیمه کردن آن به «اصالة عدم نقل» نیز مبتنی بر همین پیش‌فرض است که رسالت مفسر، کشف ظهور متن در هنگام صدور آن متن است.^{۴۸} از این رو، از جمله هنرهای فقیه این است که با مطالعه متون مرتبط با عصر تشریع، چنان انسی با آن دوران پیدا کند که گویی در آن عصر می‌زیسته است. این توانایی به فقیه کمک می‌کند تا آیات و روایات را همان‌گونه که مشافهین

Originalism⁴³.

originalism-Non⁴⁴.

۴۵. اینکه مفسر وظیفه دارد تا ظهور متن در هنگام صدور را به دست آورد، به اندازه‌ای برای اصولیان مسلم بوده است که مستقلاً بدان نپرداخته‌اند اما وجود این پیش‌فرض در همه مباحث اصولی کاملاً قابل ردیابی است، بلکه اساساً برخی از مباحث الفاظ؛ مانند مبحث حقیقت شرعی، صحیح و اعم و مشتق صرفاً با انگیزه کشف ظهور متن در هنگام صدور آن تدوین یافته‌اند. نک: شهید ثانی، تمهید القواعد، ۱۲؛ ابن‌شهید ثانی، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ۳۴-۳۵؛ میرزای قمی، القوانين المحكمة، ۹۴/۱، ۱۷۲، ۳۰۹، ۴۲۵ تا ۴۲۶؛ حائری اصفهانی، الفصول الغرّیة، ۱۷، ۳۲، ۴۴، ۵۲، انصاری، مطارح الأنظار، ۲۹/۱، ۷۴، ۷۵، ۲۴۸، ۶۱۳، ۶۹۷؛ آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۱۸، ۲۱، ۲۳، ۳۶، ۳۸، ۱۹۴، ۲۰۶، ۲۰۷؛ کرباسی، اشارات الأصول، ۳۱؛ مظفر، اصول الفقه، ۳۰/۱؛ تقوی اشتهاردی، تنقیح الأصول، ۸۸/۱؛ خمینی، تهذیب الأصول، ۸۵/۱.

۴۶. صدر، بحوث، ۳۷۹/۹.

۴۷. صدر، بحوث، ۳۷۹/۹ (و الجواب الصحيح هو أن موضوع الحجية هو الظهور في عصر صدور النص، والنكتة في ذلك وفقاً لمنهجنا هي أن أصالة الظهور على ما ذكرنا ليست أصلاً تبعدياً، وإنما هي أصل عقلاني مبني على تحكيم ظاهر حال المتكلم؛ إذ إن ظاهر حاله هو الجري على أساليب العرف واللغة في مقام التفهيم والتفهم، وهذا الظهور الحالي هو النكتة النوعية التي تبرر جعل أصالة الظهور).

۴۸. عراقی، تقریرات الأصول، ۱۱۷ تا ۱۱۸؛ مدرسی یزدی، نماذج الأصول، ۲۶۲/۱.

می‌فهمیده‌اند، درک کند. حتی برخی این توانایی را شرط ضروری برای افتاد دانسته‌اند. امام خمینی در این باره می‌فرماید: «فقیه باید با روایات آن‌چنان انسی پیدا کند که بر کیفیت گفت‌وگوی عرفی در عصر تشریع و کیفیت استدلال کردن بر احکام تسلط یابد...»^{۴۹}

فارغ از اینکه در سنت فقه امامیه معنای الفاظ قرآن ثابت است و مفسر وظیفه دارد تا معنای حین‌الصدور را کشف کند؛ برخی اصولیان پا را فراتر گذاشته و گفته‌اند: اساساً ظهوری که برای غیرمشافهین شکل می‌گیرد اعتمادشدنی نیست؛^{۵۰} بلکه برخی این دیدگاه را مقتضای مذهب امامیه دانسته‌اند.^{۵۱} میرزای قمی (۱۲۳۱ق) از طرف‌داران جدی این نظریه است.^{۵۲} براین اساس، معنایی که امروزه از آیات برای ما شکل می‌گیرد با توجه به فاصله گرفتن از عصر صدور، درخور اعتماد نیست و با فهم اصیل فاصله دارد. البته ممکن است از باب دکترین انسداد یا روش‌های دیگری از معنای ظاهری آیات بهره ببریم. در هر صورت، مشهور اصولیان با نظریه میرزای قمی موافق نیستند.^{۵۳}

۳.۲. فهم اصالت‌گرایانه در حقوق آمریکا

نص‌گرایان و قصدگرایان آمریکایی باور دارند که معنای عبارات قانون اساسی ثابت است و تغییر اوضاع و احوال اجتماعی تأثیری بر آن ندارد.^{۵۴} اگر کلمه‌ای در سال ۱۷۸۹ میلادی بر معنای مشخصی دلالت داشته، امروزه هرچند بسیاری از مناسبات اجتماعی تغییر کرده‌اند قاضی باید تلاش کند تا همان معنای اصلی^{۵۵} را به دست آورد. حتی نص‌گرایان قاعده‌ای دارند با عنوان «قاعده معنای ثابت»^{۵۶} که براساس آن معنای الفاظ قانون ثابت است و با گذر زمان تغییری نخواهد کرد.^{۵۷} دنیل وبستر، حقوق‌دان شهیر قرن

۴۹. خمینی، تهذیب الأصول، ۱۴۲/۳.

۵۰. وحید بهبهانی، حاشیه مجمع الفائدة والبرهان، ۵۳۸ (لأن الخطاب مختص بالحاضرين - على ما هو الحق والمحقق)؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۲۱۴/۱۲ تا ۲۱۵ (إن خطابات القرآن الشريف مختصة بالمشافهين ولا يتعدى إلى الغائبين إلا بدليل وهو في الغالب الإجماع)؛ طباطبائی کربلائی، ریاض المسائل، ۱۶۳/۸ تا ۱۶۴ (بناءً على المختار الذي عليه علماءنا الأبرار من اختصاص مثل الخطاب بالمشافهين، وأن التعدية منهم إلى الغائبين تحتاج إلى دليل مبین، وهو في الأغلب الإجماع).

۵۱. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۱۶/۴۱ (بناء على المعلوم من مذهب الإمامية من اختصاص الخطاب بالمشافهين دون غيرهم)؛ نک: میرزای قمی، القوانين المحکمة، ۲۲۴/۲، ۵۲۸. برای ملاحظه ثمرات فقهی این نظریه نک: نراقی، مستند الشریعة، ۳۷۰/۴، ۱۲۴/۱۰، ۱۶۳/۱۴، ۱۵۷، ۴۸/۱۸.

۵۲. نک: میرزای قمی، القوانين المحکمة، ۲۳۹/۴.

۵۳. نک: محقق داماد، حسینی نسب، پورمحمدی، اصول فقه تحلیلی، ۱۶۹/۱ تا ۱۷۴.

۵۴. A Treatise on the Constitutional Limitations, 45; Cooley, An Introduction to the Study of Jurisprudence See Thibaut, 54. Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union, 59; Dickerson, "Statutes and Constitutions in an Age of Common Law"; Easterbrook, "The Role of Original Intent in Statutory Construction," 59.

55. Original Meaning

56. Fixed-Meaning Canon

57. Scalia and Garner, Reading Law, 86; See also Greenough and Kittredge, Words and Their Ways in English Speech, 234-61; Barber, Linguistic Change in Present-Day English, 85.

نوزدهم در این باره می‌نویسد: «ما باید معنای قانون را آن‌چنان فهم کنیم که پدران و اجداد ما فهم می‌کرده‌اند، چراکه معنای قانون ثابت است و تغییری نخواهد کرد.»^{۵۸}

در مقابل، طرف‌داران نظریه تفسیر پویا^{۵۹} یا نظریات به‌روزرسانی در تفسیر^{۶۰} و همچنین عمل‌گرایان^{۶۱} باور دارند که معنای قانون ثابت نیست و با گذر زمان تغییر می‌کند.^{۶۲} برای مثال، یک حقوق‌دان آمریکایی در این باره می‌نویسد: «معنای واژگانی که توسط قانونگذار در متن قانون استفاده شده‌اند... با گذر زمان تغییر خواهند کرد و گاهی این تغییر به قدری است که فهم معنای اولیه قانون برای دادگاه‌ها دشوار خواهد بود... با توجه به اینکه معنای واژگان به کاررفته در قانون تغییر می‌کند، احکام و قوانین مستفاد از این واژگان نیز تغییر خواهند کرد، هرچند که ممکن است در زمان صدور، معنای این واژگان کاملاً روشن و صریح بوده باشد.»^{۶۳} برخی دیگر نیز باور دارند: «معنای متن قانون دائماً در حال رشد است و مفسر باید متناسب با روح قانون به تفسیر متون قانونی بپردازد.»^{۶۴}

۴. هدف قانون و مقاصد الشریعه

تفسیر براساس مقاصد و اهداف کلان قانون همواره مدّ نظر فقیهان امامیه و حقوق‌دانان آمریکایی بوده است، جز آنکه میان این دو نظام حقوقی راجع به روش‌های کشف مقاصد اختلاف نظر وجود دارد. در ادامه به مقوله هدف‌گرایی در سنت فقه امامیه و حقوق آمریکا می‌پردازیم.

۴. ۱. هدف و مقاصد شریعت در سنت فقه امامیه

در سنت فقه امامیه بحث از مقاصد شریعت و اهداف کلان شارع -آن‌طور که مدّ نظر فقیهان اهل سنت یا حقوق‌دانان آمریکایی است- چندان محل توجه نبوده است؛ زیرا ازسویی به‌باور برخی، مقاصد و اهداف شارع امری مخفی و دور از دسترس عقل بشر است^{۶۵} و ازسوی دیگر، همواره خوف از گرفتاری در قیاس موجب شده تا فقیهان سراغ هدف‌گرایی نروند.^{۶۶} با این وجود، تلاش‌هایی ازسوی برخی فقیهان برای تبیین

58. Webster, *The Works of Daniel Webster* ..., 164.

59. dynamic interpolation

60. Updating Statutory Interpretation

61. pragmatic interpretation

62. See Aleinikoff, "Updating Statutory Interpretation."

63. Witherspoon, "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning," 63.

64. Cabot, *The Meaning of Right and Wrong by Cabot, Richard C.*

۶۵. خونی، موسوعة الامام الخونی، ۴۱۶/۲۰.

۶۶. کلینی، الکافی، ۵۴/۱.

نقش مقاصد الشریعه و درعین حال مراقبت از گرفتارنشدن در دام قیاس ملاحظه می‌شود.^{۶۷} آنچه گفتیم ناظر به هدف‌گرایی در سطح کلان بود، اما هدف‌گرایی در سطح غیرکلان امری پذیرفته‌شده و رایج در سنت فقه امامیه است.^{۶۸} از این نوع هدف‌گرایی، بسته به کیفیت شناسایی و تعمیم حکم، با عناوینی از این دست یاد می‌شود: تنقیح مناط، الغای خصوصیت، قیاس منصوص العلة. وجه مشترک موارد مذکور، مستندبودن آن‌ها به کتاب و سنت است.^{۶۹} البته ضرورتی ندارد که در یک آیه یا روایت به صورت مشخص به آن هدف تصریح شده باشد، بلکه اگر از مجموع ادله برای فقیه اطمینان نسبی به وجود آن هدف نزد شارع حاصل شود نیز کفایت می‌کند. برای مثال، از حضرت رسول اکرم (ص) نقل شده است: «لَا تَدْعُ صُورَةً؛ تصویرگری [ازجمله مجسمه‌سازی] مکن.» برخی فقیهان با بررسی سایر روایات به این اطمینان رسیده‌اند که هدف شارع از چنین حکمی، از بین بردن آثار کفر و شرک بوده است؛ زیرا عده‌ای در آن دوران مقابل مجسمه‌ها خضوع و عبادت می‌کرده‌اند. براین اساس، در تفسیر روایت مذکور گفته‌اند که اگر مجسمه‌سازی برای عبادت و پرستش نیست، اشکالی ندارد. امام خمینی در این باره می‌نویسد: ظاهر این است که مراد این روایات خصوص تصویرگری تمائیلی است که مردم راجع به آن‌ها عکوف داشته‌اند.^{۷۰} این نوع هدف‌گرایی مستند به دلیل شرعی بوده و نزد فقیهان امامیه پذیرفته شده است.

۲.۴. هدف و روح قانون در حقوق آمریکا

نظریه مقاصد الشریعه در حقوق آمریکا با عنوان‌های «هدف قانون»^{۷۱} یا «روح قانون»^{۷۲} شناخته می‌شود اما در میان مکاتب تفسیری، نص‌گرایان در برخورد با اهداف قانونگذار مواجهه‌ای نظیر فقیهان امامیه دارند؛ یعنی اگر برای هدف، مستند قانونی (یعنی نص قانونی) در میان باشد، هدف‌گرایی را می‌پذیرند و در غیر این صورت، بسیار با آن مخالف‌اند. قاضی اسکالیا علت مخالفت خود با هدف‌گرایی و روح‌گرایی^{۷۳} را این‌گونه بیان می‌کند: «هیچ‌کس تاکنون اصول و ضوابطی را برای این روح قانون که می‌تواند بر عبارات قانون غلبه کند، ارائه نکرده است. این مفهوم [روح قانون]، در عمل، یک قدرت قضایی

۶۷. شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱۳۸/۲، ۶۴ تا ۶۶، ۱۴۱/۱ تا ۱۴۴؛ محقق حلی، معارج الاصول، ۱۶۳؛ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۱۴/۱؛ صدر، اقتصادنا، ۲۸۸؛ مغنیه، فقه الامام الصادق (ع)، ۶۷/۳.

۶۸. سبحانی، اصول الفقه المقارن، ۳۶۲؛ محقق حلی، معارج الاصول، ۱۶۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۶۴/۳، ۲۴۸/۸.

۶۹. البته از حیث نظری مستند شرعی منحصر به کتاب و سنت نیست، بلکه گاهی مقاصد را به کمک عقل می‌شناسیم (مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۴۹۳/۲)، البته در عمل غالباً مستند صرفاً همان کتاب و سنت است.

۷۰. نک: خمینی، مکاسب المحرمه، ۲۵۸/۱. برای نظر مخالف نک: حسینی مراغی، العناوین الفقهية، ۱۸۵/۱.

Purpose of Law 71.

Spirit of Law 72.

73. Spiritualism

نامشخص و در نتیجه، نامحدود برای نادیده گرفتن آنچه قانون می‌گوید، است.^{۷۴} البته مخالفت با هدف‌گرایی مختص نص‌گرایان نیست و پیشینه تاریخی دارد. بکاریا، فیلسوف حقوق قرن ۱۸ میلادی عمیقاً باور داشت: «هیچ چیز خطرناک‌تر از در نظر گرفتن روح قوانین نیست. پذیرش آن به معنای راه‌دادن به سیل نظریات شخصی به حقوق است.»^{۷۵}

در مقابل، هدف‌گرایان آمریکایی - همان‌طور که از نام آن‌ها پیداست - با هدف‌گرایی در تفسیر بسیار موافق‌اند.^{۷۶} به‌طور کلی، هدف‌گرایان از الفاظ به‌کاررفته در متن قانون عبور کرده و تمرکزشان را روی هدف نهایی^{۷۷} و هدف‌های کلی^{۷۸} آن می‌نهند. آن‌ها عمیقاً باور دارند که قوانین باید «به‌گونه‌ای تفسیر شوند که اهداف مدّ نظر نویسندگان قانون تحصیل گردد»^{۷۹} و لذا «اصالت باید به روح استنباط‌شده از یک قانون داده شود، هر چند به قیمت صرف نظر کردن از متن قانون.»^{۸۰} در این خصوص، قاضی چشین بیان می‌دارد: «قانون به‌خودی‌خود هدف نیست. ابزاری برای دستیابی به اهداف و مقاصد است؛ مانند کشف حقیقت، اجرای عدالت، دستیابی به اهداف اجتماعی و اقتصادی. «انجام قانون» به معنای «اجرای عدالت با ابزار قانون» است.^{۸۱} قاضی ویلیام بلک‌استون، قاضی شهیر انگلیسی در قرن ۱۸ میلادی، در اهمیت روح قانون در تفسیر حقوقی می‌نویسد: «جهان‌شمول‌ترین و مؤثرترین راه برای کشف معنای واقعی یک قانون در صورت مشکوک بودن کلمات، توجه به دلیل و روح آن است.»^{۸۲} نمونه‌ای از گرایش هدف‌گرایی به تفسیر قانون را می‌توان در پرونده جنجالی کلیسای ترینیتی مشاهده کرد: قضیه از این قرار است کلیسای ترینیتی به کشیشی انگلیسی تبار وجوهی پرداخت می‌کند تا او را به آمریکا فرستد و در آنجا مدیریت کلیسایی را عهده‌دار شود. ایالات متحده همچون خروس بی‌محل از راه می‌رسد و مدعی می‌شود که این عمل، نقض قانون فدرالی است که مقرر می‌دارد: «هیچ شخصی نباید برای جابه‌جایی یا مهاجرت فرد یا افراد بیگانه به ایالات متحده که قصد هر نوع کار یا خدمت در آنجا را دارند مبلغی پرداخت نموده یا به این مهاجرت

74. Scalia and Garner, *Reading Law*, 289.

75. Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments*, 25.

76. See Manning and Stephenson, *Legislation and Regulation, Cases and Materials*, 22; Barak, *Purposive Interpretation in Law*.

77. overall purpose

78. general aims

79. Cross, *The Theory and Practice of Statutory Interpretation*, 60.

80. Garner et al., *Law of Judicial Precedent*, 803.

81. Gorsuch, *A Republic, If You Can Keep It*, 137.

82. See Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 221.

69. *Commentaries on the Laws of England* Blackstone, 83.

کمک یا تشویقی نماید.^{۸۴} معنای این قانون کاملاً روشن است و چندان ابهامی راجع به آن وجود ندارد. از عموم مذکور، برخی اصناف؛ همانند بازیگران حرفه‌ای، خوانندگان، سخنرانان و هنرمندان استثنا شده‌اند اما بدون شک «کشیش‌ها» در فهرست استثناها نیستند. حال ایالات متحده از کلیسای ترینیتی شکایت کرده که او با پرداخت کمک مالی به کشیش انگلیسی تبار در واقع این قانون را نقض کرده است. اما دیوان عالی آمریکا با ارائه تفسیری هدف‌گرا از قانون مذکور، کلیسای ترینیتی را تبرئه کرد. در رأی دادگاه آمده است: هرچند در ظاهر عبارات قانون صرفاً چند صنف خاص استثنا شده‌اند؛ اما اصناف مذکور خصوصیت ندارد و هدف اصلی از چنین استثنایی این بوده است که «شاغلین فکری»،^{۸۵} از جمله کشیش‌ها بتوانند از سراسر دنیا وارد ایالات متحده شوند. این هدفی که قضات دیوان عالی به آن استناد می‌کنند در هیچ قانونی تصریح نشده است ولی باین وجود، قانون در پرتو آن تفسیر شده است. همان‌طور که ملاحظه می‌کنید در این پرونده آنچه همه‌کاره است «هدف قانون» است و نه ظاهر عبارات قانون. برخی طرفداران هدف‌گرایی، با کنایه به نص‌گرایان اعلام می‌دارند: «این هدف است که باید در تفسیر قوانین مربوطه راهنما باشد، نه لغت‌نامه آکسفورد.»^{۸۶}

۵. پیامدهای تفسیر

برخی نظریات تفسیری صرفاً بر روش تفسیری تمرکز می‌کنند و برخی دیگر به پیامدهای تفسیر نیز اهمیت می‌دهند. در این بخش به جایگاه پیامدهای تفسیر در سنت فقه امامیه و حقوق آمریکا می‌پردازیم:

۵. ۱. پیامدهای تفسیر در سنت فقه امامیه

جریان غالب فقیهان امامیه خود را وفادار به معنای ظاهری آیات قرآن کریم می‌دانند و اهمیتی به پیامدهای تفسیر نمی‌دهد. فقیه صرفاً وظیفه دارد تا براساس معنای ظاهری آیات و روایات به کشف قصد و نیت شارع پردازد اما اینکه پیامدهای قصد شارع چه خواهد بود، به او ارتباطی ندارد؛^{۸۷} یعنی برای او

84. The Act of February 26, 1880, "to prohibit the importation and migration of foreigners and aliens under contract or agreement to perform labor in the United States, its Territories, and the District of Columbia," 23 Stat. 332, c. 164, does not apply to a contract between an alien, residing out of the United States, and a religious society incorporated under the laws of a state, whereby he engages to remove to the United States and to enter into the service of the society as its rector or minister.

85. Brain toilers

86. *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 115th Cong. 442 (Mar. 23, 2017) ("those purposes should guide the interpretation of those laws, not the Oxford English Dictionary.").

۸۷. در اصطلاح گفته می‌شود که فقیه صرفاً اخبار از قصد و نیت شارع می‌دهد. او همچون حکایت‌گری است که با استفاده از روش‌های استنباط سعی می‌کند تا قصد شارع را شناسایی کند. فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعه، القضاء و الشهادت، ۱۲.

اهمیتی ندارد که نتیجه استنباط او موافق با تمایلات مردم یا کاملاً برای آن‌ها ناخوشایند است، حتی برای او اخلاقی بودن یا موافقت با عدالت نیز چندان ارزشی ندارد. اگر روش علمی در استنباط به‌درستی طی شده است، نتیجه هرچه بادا باد. البته اگر ظاهر آیه و روایتی با حکم قطعی عقل مخالف باشد، از لحاظ نظری فقیهان باور دارند که آن ظاهر باید کنار گذاشته یا حداقل تأویل شود^{۸۸} اما در عمل «حکم عقل» به‌گونه‌ای تعریف می‌شود که به‌ندرت چنین اتفاقی می‌افتد.

۲.۵. پیامدهای تفسیر در حقوق آمریکا

در میان حقوق‌دانان آمریکایی، نص‌گرایان در ادبیاتی نسبتاً مشابه با فقیهان امامیه صرفاً خود را وفادار به معنای ظاهری عبارات قانون می‌دانند و اهمیتی به پیامدهای تفسیر نمی‌دهند. براین اساس، قاضی نص‌گرا وظیفه دارد تا براساس قانونی که نمایندگان مردم تصویب کرده‌اند رأی دهد و خوب یا بد بودن قانون به او ارتباطی ندارد.^{۸۹} در منظر نص‌گرایان، تفسیر قانون بیشتر شبیه به چیزی مانند حل معادلات ریاضی و فیزیک است. حل یک معادل ریاضی هرگز جنبه شخصی ندارد. احساسات شما یا کسی که از شما خواسته است تا معادله را برای او حل کنید هرگز بر نتیجه‌گیری شما تأثیری نخواهد گذاشت. در تفسیر نیز شما صرفاً باید با داده‌هایی که در اختیار دارید، معنای قانون را بفهمید و هرگز نباید علایق و باورهای شخصی خود را در حل معادله تفسیر دخالت دهید. اینکه تفسیری موجب برانگیختن خشم اجتماعی یا ناکارآمدی اقتصادی شود، تا زمانی که قواعد حل معادله به‌درستی رعایت شده باشد به شما ارتباطی ندارد. نمونه‌ای از این رویکرد را می‌توانید در پرونده ذیل ملاحظه کنید:

قانون ایالت لوئیزیانا در ایالات متحده آمریکا مقرر می‌دارد: «هر نوع اغوا، کمک و یا اجازه‌دادن عامدانه به کودکان برای ارتکاب عمل جنسی با افراد بالای ۱۷ سال جرم است.» در ماده دیگر این قانون، «کودکان» به افرادی زیر ۱۷ سال تعریف شده است. در پرونده دولت علیه ارنست گنزال، گنزال به رابطه جنسی غیرقانونی با دختری که ۱۶ سال سن داشت و تاکنون دو بار ازدواج کرده بود، محکوم شد.^{۹۰} قضات پرونده با این پرسش مواجه بودند که آیا گنزال حقیقتاً مجرم است؟ چنین سؤالی از این باب برای دادگاه پیش آمده است که هرچند مطابق با متن قانون، رابطه جنسی با شخص ۱۶ ساله جرم‌انگاری شده است؛ ولی کاملاً محتمل است که قانونگذار شخصی که تاکنون دو بار ازدواج کرده، صاحب چند فرزند است و

۸۸. انصاری، فراند الأصول، ۵۷/۱: «و الذي يقتضيه النظر وفاقاً لأكثر أهل النظر أنه كلما حصل القطع من دليل عقلي فلا يجوز أن يعارضه دليل نقلي و إن وجد ما ظاهره المعارضة فلا بد من تأويله إن لم يمكن طرحه.»

55. estraint," 754 See Manning, "Justice Scalia and the Idea of Judicial R 89.

90. State v. Gonzales, 129 So. 2d 796, 241 La. 619 (La. 1961).

احتمالاً بلوغ جسمی و ذهنی شخص ۳۰ ساله را دارد، «کودک» شناسایی نکند. آیا رابطه جنسی با چنین شخصی نیز نظیر رابطه با سایر ۱۶ ساله‌هاست؟! پاسخ قضات نص‌گرا بدون هیچ تأملی مثبت است؛ چراکه گنزال مرتکب رابطه جنسی با شخص زیر ۱۷ سال شده و ارتباط جنسی با چنین شخصی طبق متن قانون ایالت لونیزانا جرم است. اگر قانونگذار چنین شخصی را مجرم نمی‌دانست و ملاحظه دیگری داشت، همانا باید آن را به صورت تبصره و استثنا بیان می‌کرد. شایان توجه است که قصدگرایان و هدف‌گرایان - همان‌طور که خواهد آمد - قصد اولیه یا اهداف کلی قانونگذار را مدّ نظر قرار می‌دهند و براساس آن‌ها احتمالاً گنزال را مجرم نمی‌دانند.

در مقابل، قضات عمل‌گرا به واقعیت‌ها بیشتر توجه می‌کنند تا به قواعد و حقوق.^{۹۱} به جای تکیه بر قواعد حقوقی، عمل‌گرایان بر نتایج،^{۹۲} پیامدهای تصمیم‌گیری‌های حقوقی^{۹۳} و آثار اجتماعی اجرای قانون تمرکز دارند. این تمرکز بر آثار و پیامدها، برخی همچون قاضی اسکالیا را واداشته تا به نظریه عمل‌گرایی عنوان «پیامدگرایی»^{۹۴} را اطلاق کند.^{۹۵} عمل‌گرایان در تفسیر عبارات یک قانون چندان علاقه‌ای به در نظر گرفتن قواعد تفسیری ندارند و تمام تلاش خود را مبذول می‌دارند تا تفسیری را برگزینند که به قول آن‌ها «بهترین نتیجه»^{۹۶} را بدهد.^{۹۷} در این رویکرد، در نظر گرفتن پیامدهای تفسیر امری ضروری قلمداد می‌شود. رهبر برجسته نظریه عمل‌گرایی در تفسیر قوانین و اصلی‌ترین نظریه‌پرداز آن‌ها، قاضی ریچارد ای پاسنر^{۹۸} است. او در یکی از سخنرانی‌هایش پس از اینکه روش تفسیری‌اش را غیر مرسوم^{۹۹} توصیف کرد،^{۱۰۰} به تشریح آن پرداخت و این‌گونه بیان داشت: «من خیلی علاقه‌ای به دکترین‌های حقوقی ندارم...^{۱۰۱} مواجهه من با یک پرونده به این صورت است که پیش از هر چیز از خود می‌پرسم نتیجه معقول در این پرونده چیست؟ قانون را فراموش کن. نتیجه معقول برای حل این پرونده با توجه به ارزش‌های فردی

91. Posner, "Pragmatic Adjudication," 5-8.

92. Posner, "What Has Pragmatism to Offer Law?," 1664; Luban, "What's Pragmatic about Legal Pragmatism?," 275-303.

93. Posner, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint," 539.

94. Consequentialism.

95. Scalia and Garner, *Reading Law*, 22.

96. best resolution of disputes

97. Greenberg, "Legal Interpretation"; Gorsuch, *A Republic, If You Can Keep It*, 137.

98. Judge Richard A. Posner.

99. unorthodox"

100. See Pepperdine University, *Pepperdine Law Review Symposium: Hon. Richard A. Posner*, Youtube (Apr. 8, 2017), at 0:56:02 (last visited Sept. 28, 2020).

101. *Id.* at 0:56:05. "I am not actually very interested in legal doctrines."

شخص خودم چیست یا باتوجه به ارزش‌هایی که گمان می‌شود مقبولیت عام در جامعه دارند^{۱۰۲} و زمانی که نتیجه معقول را می‌یابم از خود می‌پرسم آیا چیزی مانع از رسیدن به این نتیجه هست؟ آیا دادگاه عالی در این مورد رأی داشته یا دادگاه خودم [منظور از دادگاه استیناف، دایره هفتم قضایی است] تصمیمی در این مورد داشته یا آیا قانونی بسیار شفاف یا تبصره‌ای از قانون اساسی که هنوز نافذ است در این خصوص وجود دارد؟ اگر با مانع مواجه شوم که با مانع مواجه شده‌ام و از آن تفسیر خودداری می‌کنم،^{۱۰۳} ولی به‌رحال از نص قوانین و امور بی‌معنایی مانند دکترین‌های حقوقی و قواعد تفسیری کارم را شروع نمی‌کنم.^{۱۰۴} من هیچ‌گاه تاکنون به یک قاعده تفسیری تمسک نکرده‌ام. به نظر من این قواعد هیچ ارزشی ندارند...^{۱۰۵} ولی بسیاری از قضات برجسته هستند که بسیار به این قواعد تفسیری توجه دارند. این قضات توجه می‌کنند که عبارات قانون چه می‌گوید، اما این گرایش منجر به نص‌گرایی می‌شود که باب میل من نیست.»^{۱۰۶}

نتیجه‌گیری

مقاله را با این پرسش آغاز کردم که آیا می‌توان مشابتهایی را میان سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا یافت؟ بدون شک، میان باورها، فرهنگ و ساخت اجتماعی این دو نظام حقوقی تفاوت‌های جدی وجود دارد و شاید چنین مقایسه‌ای در بدو نظر درست به نظر نرسد اما نشان دادم علی‌رغم این اختلاف‌ها، هر دو نظام در اصول و کلیات تفسیر، تابع روش تفسیری نسبتاً مشابهی هستند. شاید به همین دلیل است که برخی پژوهشگران تطبیقی میان حقوق اسلام و غرب گفته‌اند: «تقابل امروزی حقوق اسلام و غرب نه از اختلافات اساسی، بلکه از عزم طولانی و عمدی برای انکار مشابتهای ناشی می‌شود.»^{۱۰۷}

در این نوشتار مشابتهای ذیل چهار محور شناسایی شد: ۱. تأکید بر معنای ظاهری؛ ۲. فهم اصالت‌گرایانه؛ ۳. عدم اعتبار روح قانون و اهداف غیرمصرح؛ ۴. در نظر نگرفتن پیامدهای تفسیر. اما مشابتهای به این چهار محور محدود نمی‌شود.

. at 0:56:09. *Id* 102.

103. *Id.* at 0:56:43.

104. *Id.* at 0:57:04.

105. *Id.* at 0:57:38.

106. *Id.* at 0:57:52. Judge Posner emphasized some of the same points he made above in an interview with the *N.Y. Times* shortly after his retirement. See Adam Liptak, *An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur*, N.Y. TIMES (Sept. 11, 2017) ("I pay very little attention to legal rules, statutes, constitutional provisions. . . . The first thing you do is ask yourself—forget about the law—what is the sensible resolution of this dispute?").

107 Bulliet, *The Case for Islamo-Christian Civilization*, vii.

جستار حاضر به عنوان پژوهشی پیش قدم صرفاً تلاش کرد تا بخشی از ظرفیت مطالعات تطبیقی میان دانش اصول فقه و نظام حقوقی آمریکا را نشان دهد. از دیگر موضوعاتی که ظرفیت نسبتاً خوبی برای مطالعات تطبیقی دارد، مسئله قواعد تفسیری است که در ادبیات حقوق آمریکا از آن با عناوین «canon of interpretation» یا «canons of construction» یاد می شود. مشابهت ها در قواعد تفسیری و جزئیات مباحث گاهی به اندازه ای زیاد است که برخی فقیهان معاصر به حقوق دانان آمریکایی نسبت سرقت علمی داده اند که البته از اساس نسبتی بی روا و غلط است. به علاقه مندان و پژوهشگران بعدی، پژوهش تطبیقی میان مباحث الفاظ اصول فقه و کتاب «Reading Law» نوشته قاضی اسکالیا و گارنر را توصیه می کنم.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: آل البیت (ع) لاحیاء التراث. چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- آملی، هاشم. المعالم الماثورة. قم: بی نا. ۱۴۱۳ق.
- ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین. معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. چاپ نهم، بی تا.
- استرآبادی، محمدامین بن محمدشریف. الفوائد المدنية و بذیله الشواهد المکیة. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۴۲۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین. فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ نهم، ۱۴۲۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین. مطارح الأنظار. به تقریر ابوالقاسم کلانتری. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۳.
- پورمحمدی، رضا. «آسیب شناسی پژوهش های تطبیقی در حقوق»، حقوق تطبیقی. دوره ۵۱، ش ۲، پاییز ۱۴۰۳، ۴۰۹ تا ۴۳۰.
- <https://doi.org/10.22059/jcl.2024.366079.634560>
- پورمحمدی، رضا. درآمدی بر تفسیر حقوقی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ اول، ۱۴۰۲.
- پورمحمدی، رضا، حسین سیمایی صراف. «جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری. دوره ۸۷، ش ۱۲۳، پاییز ۱۴۰۲، ۶۷ تا ۴۵.
- <https://doi.org/10.22106/jlj.2022.547173.4653>
- پورمحمدی، رضا، حسین سیمایی صراف. «ضوابط استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی»، مطالعات حقوق عمومی. دوره ۵۳، ش ۳، تابستان ۱۴۰۲، ۴۹ تا ۳۰.
- <https://doi.org/10.22059/jpls.2022.337678.3007>
- پورمحمدی، رضا، رحیم نوبهار. «استناد به عمومات در حل مسائل نوپدید؛ مطالعه تطبیقی فقه امامیه و حقوق

آمریکا»، پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب. دوره ۹، ش ۳۳، پاییز ۱۴۰۱، ۹۴ تا ۶۵.

<https://doi.org/10.22091/csiw.2022.7729.2210>

تقوی اشتهازدی، حسین. تنقیح الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم. الفصول الغروية فی الأصول الفقهية. قم: دار احیاء العلوم الإسلامية.
چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

حر عاملی، محمدبن حسن. الفصول المهمة فی اصول الأئمة علیهم السلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام
رضا(ع). ۱۴۱۸ق.

شهید اول، محمد بن مکی العاملی. القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربية. قم: کتاب فروشی مفید. بی تا.
حر عاملی، محمدبن حسن. الفوائد الطوسية. قم: چاپخانه علمیه. ۱۴۰۳ق.
حر عاملی، محمدبن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: آل البيت(ع) لإحياء التراث.
چاپ سوم، ۱۴۰۹ق.

حسینی عاملی، محمدجوادبن محمد. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول،
۱۴۰۹ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. العناوين الفقهية. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.
خمینی، روح الله. مکاسب المحرمه. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۳۷۳.
خمینی، روح الله. آداب الصلاة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). چاپ هفتم، ۱۳۷۸.
خمینی، روح الله. تهذیب الأصول. به تقریر جعفر سبحانی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

خوئی، ابوالقاسم. البیان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی. چاپ اول، بی تا.
خوئی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. به تقریر محمد سرور واعظ الحسینی بهسودی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام
الخوئی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

خوئی، ابوالقاسم. موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی. ۱۴۱۸ق.
زحیلی، وهبه. التفسیر الوسيط. دمشق: دار الفكر. ۱۴۲۲ق.

سبحانی، جعفر. اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه. قم: مؤسسه امام صادق(ع). ۱۳۸۳ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. تمهید القواعد. قم: بوستان کتاب. چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام الى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية. چاپ اول،
۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

صدر، سیدموسی. اصول و قواعد استنباط ائمه از قرآن. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۱.

صدر، محمدباقر. اقتصادنا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی. ۱۴۱۷ق.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. به تقریر حسن عبدالساتر. بیروت: الدار الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. به تقریر سیدمحمد هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی. ریاض المسائل. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

عراقی، ضیاء الدین. تقریرات الأصول. به تقریر میرزاهاشم آملی. تهران: فراهانی. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف. نهاية الوصول الى علم الأصول. قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۵ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: مكتبة المرعشي النجفي. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

فاضل موحدي لنكراني، محمد. تفصيل الشريعة: القضاء والشهادات. قم: مركز فقهی ائمة اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۷ق.

فاضل موحدي لنكراني، محمد. مدخل التفسير. تهران: مطبعة الحيدري. ۱۳۹۶ق.

کرباسی، محمدابراهیم بن محمدحسن. اشارات الأصول. بی جا: بی نا. چاپ اول، بی تا.

کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (ص). تهران: دار الكتب الإسلامية. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن. معارج الوصول الى علم الاصول. لندن: مؤسسه امام علی (ع). چاپ اول، ۱۴۲۳ق.

محقق داماد، سید مصطفی، سید مصطفی حسینی نسب، رضا پورمحمدی. اصول فقه تحلیلی؛ تفسیر فقهی. قم: بوستان کتاب. چاپ اول، ۱۴۰۱.

محقق داماد، سید مصطفی، رضا پورمحمدی. مکاتب تفسیری در فقه امامیه. تهران: نشر سخن. چاپ اول، ۱۴۰۳.

محقق داماد، سید مصطفی، رضا پورمحمدی. تفسیر قانون؛ نظریات و قواعد تفسیری. تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه. چاپ اول، ۱۴۰۴.

محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. کفاية الاحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۱.

مدرس یزدی، عباس. نماذج الأصول فی شرح مقالات الأصول. قم: داوری. چاپ اول، ۱۳۸۳.

مظفر، محمد رضا. اصول الفقه. قم: اسماعیلیان. چاپ پنجم، ۱۳۷۵.

معرفت، محمد هادی. التمهيد فی علوم القرآن. قم: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهيد. چاپ سوم، ۱۳۹۶.

مغنیه، محمدجواد. فقه الامام الصادق (ع). قم: انصاریان. چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

پورمحمدی؛ تفسیر قرآن و قانون اساسی؛ مشابیه‌های سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا / ۱۰۷

مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیه. چاپ دهم، ۱۳۷۱.
مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. به تقریر احمد قدسی. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع). چاپ اول، ۱۴۲۸ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. القوانين المحكمة فی الأصول. قم: احیاء الکتب الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۳۰ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت لإحياء التراث. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل. حاشیه مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

Aleinikoff, T. "Updating Statutory Interpretation." *Michigan Law Review* 87, no. 1 (October 1, 1988): 20–66.

DOI: 10.2307/1289276

Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Translated by Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005. DOI: 10.1515/9781400841264

Barber, Charles Laurence. *Linguistic Change in Present-Day English*. University of Alabama Press, 1964.

Beccaria, Cesare marchese di. *An Essay on Crimes and Punishments: Translated from the Italian; with a Commentary, Attributed to M. de Voltaire, Translated from the French*. Bell & Murray, 1778.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England: In Four Books*. Printed at the Clarendon Press, 1770.

Bobbitt, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. Oxford University Press, 1982.

Brest, Paul. "The Misconceived Quest for the Original Understanding." *Boston University Law Review* 60 (1980): 204.

Bulliet, Richard W. *The Case for Islamo-Christian Civilization*. Columbia University Press, 2006. DOI: 10.7312/bull13566

Cabot, Richard C. *The Meaning of Right and Wrong by Cabot, Richard C.* Macmillan, 1934.

Cooley, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 5th edition. Union, N.J.: The Lawbook Exchange, Ltd., 1998.

Cross, Frank B. *The Theory and Practice of Statutory Interpretation*. Stanford, Calif: Stanford Law Books, 2008. DOI: 10.11126/stanford/9780804759120.001.0001

Dickerson, Reed. "Statutes and Constitutions in an Age of Common Law." *48 University of Pittsburgh Law*

Review 773 (1987), January 1, 1987.

<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1535>.

Easterbrook, Frank. "The Role of Original Intent in Statutory Construction." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 11 (January 1, 1988): 59.

Farnsworth, Ward. "Women Under Reconstruction: The Congressional Understanding." SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, December 4, 2000. DOI: 10.2139/ssrn.252495

Fruchtman, Jack. *American Constitutional History: A Brief Introduction*. 1st edition. Chichester Malden, MA Oxford: Wiley-Blackwell, 2016. DOI: 10.1002/9781119141785

Fuller, Lon L. *American Legal Realism*. Lancaster Press, 1936.

Garner, Bryan A., Carlos Bea, Rebecca White Berch, Neil M. Gorsuch, Harris L. Hartz, Nathan L. Hecht, Brett M. Kavanaugh, et al. *Law of Judicial Precedent*. St. Paul, MN: Thomson West, 2016.

Gorsuch, Honorable Neil. "Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia." *Case Western Reserve Law Review* 66, no. 4 (January 1, 2016): 905.

Gorsuch, Neil. *A Republic, If You Can Keep It*. NO-VALUE edition. New York: Forum Books, 2019.

Greenberg, Mark. "Legal Interpretation." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, Fall 2021. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legal-interpretation/>.

Greenough, J. B, and George Lyman Kittredge. *Words and Their Ways in English Speech*, 1901.

Holmes, Oliver Wendell. "The Theory of Legal Interpretation." *Harvard Law Review* 12, no. 6 (January 25, 1899): 417. DOI: 10.2307/1321531

Jellum, Linda D. *Mastering Statutory Interpretation*. 58084th edition. Durham, N.C: Carolina Academic Press, 2008.

Kammen, Michael, ed. *The Origins of the American Constitution: A Documentary History*. Reprint edition. New York, N.Y.: Penguin Books, 1986.

Luban, David. "What's Pragmatic about Legal Pragmatism?" In *What's Pragmatic about Legal Pragmatism?*, 275–303. Duke University Press, 2020. DOI: 10.1515/9780822382522-017

Lutz, Donald S. *The Origins of American Constitutionalism*. Baton Rouge, La u.a: LSU Press, 1988.

Manning, John. "Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint." *Michigan Law Review* 115, no. 6 (April 1,

2017): 747–82. DOI: 10.36644/mlr.115.6.justice

Manning, John, and Matthew Stephenson. *Legislation and Regulation, Cases and Materials*. 3rd edition. St. Paul, MN: Foundation Press, 2017.

Noonan, John T. *Narrowing the Nation's Power: The Supreme Court Sides with the States*. Univ of California Press, 2002. DOI: 10.1525/9780520928664

Posner, Richard. "Pragmatic Adjudication." *Cardozo Law Review* 18 (January 1, 1996): 1.

———. "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint." *California Law Review* 100 (January 1, 2012): 519.

———. "What Has Pragmatism to Offer Law?" *Southern California Law Review* 63 (January 1, 1990): 1653.

Posner, Richard A. *How Judges Think*. Reprint edition. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008.

———. *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.

Scalia, Antonin. *A Matter of Interpretation*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997.

Scalia, Antonin, and Bryan A. Garner. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. 1st edition. St. Paul, MN: West, 2012.

Slocum, Brian G. *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. DOI: 10.7208/chicago/9780226304991.001.0001

Thibaut, Anton Friedrich Justus. *An Introduction to the Study of Jurisprudence: Being a Translation of The*. Translated by Nathaniel Lindley. Kessinger Publishing, LLC, 2008.

Tobia, Kevin P. "Testing Ordinary Meaning." *Harvard Law Review* 134 (2020): 726–806. DOI: 10.2139/ssrn.3266082.

Webster, Daniel. *The Works of Daniel Webster: Speeches in Congress*. C.C. Little and J. Brown, 1851.

Witherspoon, Joseph P. "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: The High Road." *Texas Law Review* 35 (1957 1956): 63.

Transliterated Bibliography

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Nihāya al-Wuṣūl ilā ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: Mū’assisa Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Āmulī, Ḥāshim. *al-Ma‘ālim al-Māthūra*. Qum: s.n. 1993/1413.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā'id al-Uṣūl*. Qum: Majm' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Nuhum, 2007/1428.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Muṭār al-Anzār*. bi Taqrīr Abū al-Qāsim Kalāntarī, Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 2005/1383.

Fāḍil Miqdād, Miqdād ibn 'Abd Allāh. *al-Tanqīḥ al-Rā'i li-Mukhtaṣar al-Sharā'i*. Qum: Maktaba al-Mar'ashī al-Najafī. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī, Muḥammad. *Madkhal al-Tafsīr*. Tehran: al-Maṭba'a al-Hydarī. 1976/1396.

Fāzil Muwaḥhidī Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī'a: al-Qaḍā' wa al-Shahādāt*. Qum: Markaz-i Fiqhī A'imah Aṭḥār(AS), Chāp-i Awwal, 2006/1427.

Ḥā'irī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn ibn 'Abd al-Raḥīm. *al-Fuṣūl al-Gharawīyah fi al-Uṣūl al-Fiqhiyah*. Qum: Dār Ihya' al-'Ulūm al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Fawā'id al-Tūsiya*. Qum: Chāpkhānah-yi 'Ilmiyah. 1983/1403.

Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Fuṣūl al-Muhimma fi Uṣūl al-A'imma*. Qum: Mū'assisah-yi Ma'ārif Islāmī Imām Riḍā(AS). 1997/1418.

Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā'il al-Shi'a ilā Taḥṣīl Masā'il al-Sharī'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Ihyā' al-Turāth. Chāp-i Sivum, 1989/1409.

Ḥusaynī Marāghī, 'Abd al-Fattāḥ ibn 'Alī. *al-Anāvin al-Fiqhiya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1996/1417.

Ḥusaynī 'Āmulī, Muḥammad Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā'id al-'Allāma*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Ibn Shahīd Thānī, Ḥasan ibn Zayn al-Dīn. *Ma'ālim al-Dīn wa Malādh al-Mujtahidīn*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Chāp-i Nuhum, s.d.

'Irāqī, Żiyā' al-Dīn. *Taqrīrāt al-Uṣūl*. Muqarr Mirzā Ḥāshim Āmulī, Tehran: Farahānī. Chāp-i Awwal, 1985/1405.

Istarābādī, Muḥammad Amīn ibn Muḥammad Sharīf. *al-Fawā'id al-Madaniya wa bi dhiluhu al-Shawahid al-Makiya*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2005/1426.

Karbāsī, Muḥammad Ibrāhīm ibn Muḥammad Ḥasan. *Ashārāt al-Uṣūl*. s.l. s.n. Chāp-i Awwal, s.d.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Bayān fi Tafsīr al-Qurān*. Qum: Mū'assisa Ihya' Āṣār al-Imām al-Khū'i. Chāp-i

Awwal, s.d.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Mawsū'at al-Imām al-Khū'i*. Qum: Mū'assisa Ihya' 'Āsār al-Imām al-Khū'i, 1997/1418.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad Surūr Wā'iz al-Ḥusaynī Biḥsūdī, Qum: Mū'assisa Ihya' 'Āsār al-Imām al-Khū'i. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Ādāb al-Ṣalāt*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Haftum, 1959/1378.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1994/1373.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahdhib al-Uṣūl*. Taqrīr Ja'far Subḥānī. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī, Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Chāhārum, 1987/1407.

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Ma'āt al-Uṣūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl (pbuh)*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.

Makārim Shirāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Taqrīr Aḥmad Qudsi. Qum: Madrisah al-Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib (AS). Chāp-i Awwal, 2007/1428.

Makārim Shirāzī, Nāṣir. *Tafsīr-i Numūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Dahum, 1992/1371.

Ma'rifat, Muḥammad Hādī. *al-Tamhīd fī 'Ulūm al-Qurān*. Qum: Mū'assisah-yi Farhangī Intishārātī al-Tamhīd, Chāp-i Sivum, 2017/1396.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan. *al-Qawānīn al-Muḥkama fī al-Uṣūl*. Qum: Ihya' al-Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 2009/1430.

Mudarrisī Yazdī, 'Abbās. *Namādhij al-Uṣūl fī Sharḥ Maqālāt al-Uṣūl*. Qum: Dāvarī, Chāp-i Awwal, 1964/1383.

Mughniyah, Muḥammad Javād. *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq (AS)*. Qum: Anṣāriyān. Chāp-i Awwal, 2001/1421.

Muḥaqqiq Sabziwārī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Mu'min. *Kifāyah al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1962/1381.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā, Sayyid Muṣṭafā Ḥusaynīnasab, Riḍā Pūrmuḥammadi. *Uṣūl Fiqh Taḥlīlī: Tafsīr Fiqhī*. Qum: Būstān-i Kitāb. Chāp-i Awwal, 2023/1401.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā; Riḍā Pūrmuḥammadi. *Makātīb Tafsīrī dar Fiqh Imāmīyah*. Tehran:

Nashr-i Sukhan. Châp-i Awwal, 2024/1403.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā; Riḍā Pürmuḥammadī. *Tafsīr Qānūn; Nazariyāt va Qawā'id Tafsīrī*. Pazhūhishgāh Quvīh Qazā'iyih. Châp-i Awwal, 2025/1404.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Ma'ārij al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Landan: Mu'assisa al-Imām 'Alī(AS). Châp-i Awwal, 2002/1423.

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. *Uṣūl al-Fiqh*. Qum: Ismā'īliyyān. Châp-i Panjum, 1956/1375.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi'a fi Ahkām al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt li-Iḥyā' al-Tūrāth. Châp-i Awwal, 1995/1415.

Pürmuḥammadī, Riḍā. "Āsībshināsi Pazhūhish-hā-yi Taṭbīqī dar Ḥuqūq", *Ḥuqūq Taṭbīqī*. Durīh-yi 51, no. 2, autumn 2024/1403, 409-430.

Pürmuḥammadī, Riḍā. *Darāmādī bar Tafsīr Ḥuqūqī*. Qum: Pazhūhishgāh Ḥawzah va Dānishgāh. Châp-i Awwal, 2023/1402.

Pürmuḥammadī, Riḍā; Ḥusayn Simāyī Sharāf. "Dawābiṭ Istiṇād bi Tārīkh Taqnīnī dar Tafsīr Ḥuqūqī", *Muṭālī'āt Ḥuqūq 'Umūmī*. Durīh-yi 53, no. 3, summer 2023/1402, 30-49.

Pürmuḥammadī, Riḍā; Ḥusayn Simāyī Sharāf. "Jāygāh-i Tārīkh Taqnīnī dar Tafsīr Ḥuqūqī", *Majallih-yi Ḥuqūqī Dādgustarī*. Durīh-yi 87, no. 123, autumn 2023/1402, 45-67.

Pürmuḥammadī, Riḍā; Raḥīm Nūbahār. "Istiṇād bi 'Umūmiyāt dar Ḥall-i Masā'il Nūpadīd; Muṭālī'ih-yi Taṭbīqī Fiqh Imāmiyah va Ḥuqūq America", *Pazhūhish-hā-yi Taṭbīqī Ḥuqūq Islām va Gharb*. Durīh-yi 9, no. 33, autumn 2023/1401, 65-94.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Muqarr Ḥasan 'Abd al-Sātir. Beirut: al-Dār al-Islāmiya. Châp-i Awwal, 1996/1417.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl*. Muqarr Sayyid Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī, Qum: Mu'assisa Dāyrah Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī. Châp-i Sivum, 1996/1417.

Şadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādānā*. Qum: Daftar-i Tablighāt-i Islāmī. 1996/1417.

Şadr, Sayyid Mūsā. *Uṣūl va Qawā'id Istiṇbāt A'immaḥ az Qurān*. Qum: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm va Farhang-i Islāmī. Châp-i Awwal, 2023/1401.

Şāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. Châp-i Haftum, 1984/1404.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī al-ʿĀmulī. *al-Qawāʿid wa al-Fawāʿid fī al-Fiqh wa al-Uṣūl wa al-ʿArabīyya*. Qum: Kitābfurūshī Mufid, s.d.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qum: Mūʾassisa al-Maʿārif al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. *Tamhīd al-Qawāʿid*. Qum: Būstān-i Kitāb. Chāp-i Awwal, 1995/1416.

Subḥānī, Jaʿfar. *Uṣūl al-Fiqh al-Muqārīn Fīmā Lānaṣ fīh*. Qum: Mūʾassisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 2005/1383.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, ʿAlī ibn Muḥammad ʿAlī. *Riwayāt al-Masāʾil*. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Ihyāʾ al-Tūrāth. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Taqawī Ishtihārdī, Ḥusayn. *Tanqīḥ al-Uṣūl*. Tehran: Mūʾassisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Waḥīd Bahbahānī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Akmal. *Ḥāshiya Majmaʿ al-Fāʾida wa al-Burhān*. Qum: Mūʾassisa al-ʿAllāmah al-Mujaddid al-Waḥīd al-Bahbahānī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Zuḥaylī, Wahbah. *al-Tafsīr al-Wasīṭ*. Dimashq: Dār al-Fikr. 2001/1422.



A Critique of the Restriction of Inheritance in Cases of Deaths with Unknown Timing for Drowning Victims and Those Buried Under the Ruins (*gharqī va mahdūm ‘alayhim*) (Based on Verbal Relationships in the *Ḥadīths*)

Seyede Reyhaneh Rezaeian , PhD Student, Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Law, Theology, and Political Science, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran

Dr. Mohammad Rasoul Ahangaran  (Corresponding Author), Professor, Department of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Farabi Campus, Qom, Iran

Email: ahangaran@ut.ac.ir

Dr. Mohammad Ja'fari Harandi , Associate Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Yadegar Imam Khomeini Branch, Shahr-i Rey, Iran

Abstract

For a person to inherit, it must be verified that the heir was alive after the death of the deceased. Individuals whose time of death is unknown and whose precedence of succession or death compared to one another is unclear do not meet this condition according to the implication of the primary principle. In the two cases of "drowning" and "structural collapse", however, this rule has an exception, and the unknown time of death does not prevent the other party from inheritance. The more widely held legal opinion holds that this exception should be interpreted limited to appearance of text. However, scholars who advocate its generalization often rely on general customary associations, without focusing on the Situations of words which are used in proofs, and have therefore argued that the titles used in restriction proofs are not essential to the ruling. As a result, based on the principle of Nullification of the Character of the *Gharq* (drowning) and *Hadm* (collapse), they have generalized the aforementioned ruling to similar cases. The present study, which has been conducted using the descriptive-analytical method, aims to uncover the verbal associations present in specific wordings of legal evidences through reflection upon the *Ḥadīths*, in order to reveal the underlying criterion and refine the effective cause (*tanqīḥ al-manāfi*). Through this lens, the ruling may be extended to comparable situations, such as car accidents, etc. In this study, it has been established by using the Situations of words which are used in proofs as contextual indicators, that the terms *gharq* (drowning) and *hadm* (collapse) lack inherent legal significance (*mawḏū'iyat*).

Keywords: Deaths with unknown timing, inheritance in cases of being buried under the ruins and drowning, Article 873 of the Civil Code, inheritance in cases of car accidents





افشور

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴، ص ۱۱۵ - ۱۳۸
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۰۶	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۱۸
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.85593.1695

نقد تخصیص توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به غرق‌ی و مهدوم‌علیهم (بر پایه مناسبات لفظی اخبار)

سیده ریحانه رضاییان

دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

دکتر محمدرسول آهنگران (نویسنده مسئول)

استاد گروه الهیات و معارف اسلامی، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران

Email: ahangaran@ut.ac.ir

دکتر محمد جعفری هرنندی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد یادگار امام خمینی (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، شهر ری، ایران

چکیده

شرط ارث‌بردن، احراز حیات وارث پس از وفات مورث است. افرادی که زمان مرگشان، مجهول بوده و تقدم و تأخر وفات هریک نسبت به دیگری مشخص نیست، طبق مقتضای قاعده اولیه، شرط ارث‌بردن را ندارند. در دو فرض غرق و هدم، این حکم استثنا شده و مجهول‌الزمان بودن وفات طرفین مانع توارث نیست. براساس قول فقهی مشهورتر، این استثنا باید تفسیر مضیق شود؛ اما قائلان به تعمیم عمدتاً بر پایه برخی مناسبات کلی عرفی - بدون تمرکز بر خصوصیات الفاظ و عبارات موجود در لسان ادله - عناوین مأخوذ در ادله تخصیص را فاقد موضوعیت دانسته‌اند؛ ازاین‌رو بر پایه الغای خصوصیت از عناوین غرق و هدم، حکم مذکور را به موارد مشابه تعمیم داده‌اند. در پژوهش حاضر که به‌روش توصیفی تحلیلی به نگارش در آمده، تلاش شده با درنگ در اخبار، به کشف مناسبات لفظی موجود در لسان ادله، برای پرده‌برداری از ملاک و تنقیح مناط پرداخته شود و از این رهگذر، تسری حکم به موارد مشابه از قبیل تصادفات رانندگی و... ممکن گردد. در این پژوهش، با قرینه قراردادن الفاظ مأخوذ در لسان ادله، موضوعیت‌نداشتن هدم و غرق ثابت شده است.

واژگان کلیدی: مرگ‌های مجهول‌الزمان، ارث در فرض هدم و غرق، ماده ۸۷۳ ق.م.ا، ارث در تصادفات رانندگی.

مقدمه

موضوع ارث و رابطه ارث‌بری میان افراد از قدیمی‌ترین موضوعات حاکم بر جوامع بشری بوده است و به همین دلیل از احکام تأسیسی اسلام محسوب نشده، بلکه از احکامی است که اسلام آن را تأیید و تغییراتی در آن‌ها ایجاد کرده است.

فقه‌ها شرط اساسی تحقق ارث را حیات وارث پس از مرگ مورث دانسته^۱ و چنین آورده‌اند: «از شروط تعلق ارث به وارث آن است که بدانیم وارث پس از مورث - اگرچه به اندازه یک لحظه - زنده بوده و حیاتش متأخر از اوست.»^۲ بنابراین «اگر هردوی آن‌ها با هم بمیرند؛ خواه به طور طبیعی مرده باشند یا به واسطه عامل خارجی، از یکدیگر ارث نخواهند برد.»^۳

حال، محور سؤال حالتی است که این افراد در شرایطی وفات کنند که تقدم و تأخر و هم‌زمانی وفات این افراد مشخص نباشد، در این حالت چه باید کرد؟ برای پاسخ این پرسش به امام معصوم (ع) رجوع شد که در مصادیق مبتلا به آن زمان، از قبیل هدم و غرق، امام (ع) مورد پرسش قرار می‌گیرند و معصوم در پاسخ می‌فرماید: «بورث بعضهم من بعض عاملی؛^۴ طرفین از یکدیگر ارث می‌برند.»

حکم توارث به منزله مسئله‌ای نوظهور و مستحدثه در جوامع اسلامی مطرح شده است. بسیاری از فقها و حقوق‌دانان این حکم را به منزله استثنایی بر قاعده عمومی باب ارث پذیرفته و بر همان اساس بیان داشته‌اند: حکم توارث، تعمیم‌دانی به سایر موارد نیست. قانون مدنی نیز در ماده ۸۷۳ از همین دیدگاه تبعیت کرده است.

محور بحث در پژوهش حاضر، دست‌یابی به شواهد درون‌متنی و برون‌متنی برای الغای خصوصیت از عناوین هدم است؛ زیرا همان‌طور که جمع بین ادله بدون وجود شاهد بر جمع، تبرعی و نپذیرفتنی تلقی می‌شود، الغای خصوصیت از عناوین مأخوذ در ادله نیز بدون استشهاد و تکیه بر قراین عرف‌پذیر درون‌متنی و برون‌متنی پذیرفتنی نخواهد بود.

برای پیشینه بحث می‌توان به این موارد اشاره کرد: پایان‌نامه‌ای در مقطع کارشناسی ارشد از مرتضی محمدی با موضوع «مبانی فقهی حقوقی ارث ناشی از غرق و هدم» که به بررسی مبانی و دلایل فقهی حقوقی حکم ارث‌بری ناشی از غرق و هدم پرداخته است.

۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۱۳/۸.

۲. مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۵۲۲/۱۱؛ طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۶۵۵/۱۲؛ نراقی، مستند الشیعة، ۴۵۲/۱۹؛ صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۶/۳۹؛ جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، ۳۸۱/۹.

۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰۷/۲۶.

مقاله ای از دانشجوی کارشناسی ارشد، محمد برآری لارمی تحت عنوان «تأمل فقهی در ماده ۸۷۳ قانون مدنی تعمیم میراث غرق شدگان و زیر آوارماندگان به مرگ های مشتبّه» که با مراجعه به متون فقهی عامه و خاصه از طریق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلامی، دیدگاه مشهور فقها که تفسیر مضیق از ادله دارند را نقد و بررسی کرده است و بیشتر نظر به اصلاح ماده ۸۷۳ قانون مدنی دارد.

مقاله ای تحت عنوان «استثنائات اصل تأخر حادث در باب غرق شدگان و زیر آوارماندگان (نقد و بررسی رأی دادگاه)» که با بررسی دلایل حکم ماده ۸۷۳ قانون مدنی و دیدگاه فقها سعی کرده است به منبع و منشأ این حکم پی ببرد و سپس به تجزیه و تحلیل این ماده بپردازد.

به منظور تبیین وجه تمایز پژوهش حاضر از پیشینه های آن باید خاطر نشان سازیم که هرآنچه در پیشینه ها مستند تعمیم قرار گرفته است همگی تمسک به وجوه کلی از قبیل نقش عرف و... بوده است، بی آنکه تمرکز بر خصوص الفاظ موجود در ادله باشد، حال آنکه در این نوشتار تمام استظهارات، مبتنی بر استشهدات درون متنی در کنار استناد به قراین برون متنی است. به دیگر بیان، کوشیدیم تا امکان سنجی توارث در امثال تصادفات رانندگی براساس مناسبات لفظی و استناد به مقتضیات معنابخشی الفاظ موجود در اخبار را اثبات کنیم. در واقع، برخی از پیشینه های مذکور درصدد تفسیر مضیق بر آمده و حکم توارث را منحصر در غرق و مهدوم علیهم دانسته اند. برخی دیگر که تسری را اثبات کرده اند عمدتاً به ادله و قراین لبی، از قبیل عقل و عرف و بنائات عقلانیه تمسک بسته اند، اما در این پژوهش به شناسایی پاره ای وجوه لفظی همت گمارده شده که پیش از این مدنظر نبوده است.

۱. مفهوم شناسی توارث

ارث، تعلق مال یا حق است که به محض وفات مورث متعلق به وارث بوده؛ «المیراث مایستحققه انسان بموت آخر بنسب او بسبب بالاصاله...»^۴ و از مرده حقیقی یا فرضی به زنده فرضی یا حقیقی منتقل می شود؛ «حق منتقل من میت حقیقه او حکماً الی حی کذلک ابتدا...»^۵ بنابراین، ارث انتقال یک طرفه است و سبب ارث، وفات مورث و زنده بودن وارث در زمان وفات مورث و وجود مال یا حقی برای فرد

۴. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴/۸.

۵. نراقی، مستند الشیعه، ۶۸۶/۲.

متوفاست و شرط وارث آن است که پس از مرگ مورث زنده باشد و در صورت شک، از ارث محروم است.^۶ علامه حلی کوشیده است تا معنای ارث و توارث را به نوعی متباین توصیف کند و در این راستا می‌نویسد: توارث، انتقال متقابل مال (صرفاً مال، نه حق) از افراد وفات‌یافته حقیقی به یکدیگر است، برخلاف ارث که راجع به انتقال مال و حق، هردو است.^۷ مقصود از افراد وفات‌یافته در متن ایشان که حکم توارث نسبت به آن‌ها جاری می‌شود، افرادی است که به وفات آن‌ها آگاه هستیم اما زمان وفات و تقدم و تأخر زمان وفات آن‌ها نسبت به یکدیگر مجهول است.

بنابراین از دیدگاه ایشان، ارث و توارث تفاوت ماهوی دارند؛ چراکه ارث، انتقال یک‌طرفه مال یا حق از فرد وفات‌یافته حقیقی یا فرضی به فرد زنده (در زمان وفات او) است. توارث، انتقال طرفینی صرفاً مال بین افرادی است که به وفات آن‌ها علم داریم اما به تقدم و تأخر زمان وفات آنان نسبت به یکدیگر علم نداریم.

۲. دیدگاه فقها درباره توارث و ماهیت آن

فقها ماهیت توارث و ارث را یکی دانسته‌اند، به همین دلیل به بحث راجع به ماهیت توارث و ارث نپرداخته و ادله‌ای را درباره تسری یا عدم تسری حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان بیان داشته‌اند. فقها در این راستا به چند دسته تقسیم شده‌اند که در ادامه به بیان دیدگاه آن‌ها می‌پردازیم.

دیدگاه اول؛ انحصار توارث به مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از غرق و هدم: قول مشهورتر میان فقهای امامیه انحصار توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از غرق و هدم است^۸ که براساس آن امکان تسری حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان وجود ندارد. صاحبان این دیدگاه به روایات به‌عنوان ادله خاص برای تأیید این دیدگاه استناد می‌کنند، از جمله روایتی که در آن «محمد بن ابی‌عمیر از عبدالرحمن روایت کرده است که: از امام صادق (ع) درباره اتافی سؤال کردم که بر گروهی گردآمده فرود آید و معلوم نشود که کدام‌یک از ایشان پیش از رفیق خود مرده است، امام فرمود: ایشان از یکدیگر ارث می‌برند. گفتم: ابوحنیفه چیزی را به این بحث داخل کرده است. فرمود: چه چیز را به این بحث داخل کرده است؟ گفتم: او گفته است: اگر دو مرد در کشتی نشسته باشند که یکی از آن دو صد هزار سکه با خود می‌داشته و آن دیگر چیزی نداشته، هر دو غرق شده‌اند و معلوم نشده است که کدام‌یک از آن دو نخست مرده است، میراث برای ورثه مسافری است که چیزی نداشته است و برای ورثه مسافر صاحب مال نصیبی از آن مال نیست،

۶. شعرانی، تبصرة المتعلمين، ۶۹۰/۲.

۷. حلی، المختصر النافع، ۸۲/۵.

۸. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۱۳/۸.

امام صادق(ع) فرمود: به حقیقت آن را شنیده است و مطلب همان است.^۹

دیدگاه دوم؛ تسری حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان: در مقابل دیدگاه مشهورتر، دیدگاهی مشهور وجود دارد که قائل به تفسیر موسع از همان روایات است و هدم و غرق ذکر شده در روایات را دارای موضوعیت ندانسته و معتقد به تسری حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان از طریق الغای خصوصیت است.^{۱۰}

دیدگاه سوم؛ عده‌ای از فقها نیز در ثبوت این حکم تردید و توقف کرده و نظری را ابراز نداشته‌اند.^{۱۱}

ادله دیدگاه اول: در ادامه به بیان و تبیین ادله دیدگاه مشهورتر میان فقها می‌پردازیم.^{۱۲}

أ. اقتضای اخبار خاصه: این دسته از فقها به سه دسته از اخبار این باب به‌عنوان مهم‌ترین دلیل خود استناد می‌کنند. دسته اول، اخبار عام و مطلق است که به دلیل عدم احراز شروط وارث بودن افراد، توارث را در مطلق مرگ‌هایی که تقدم و تأخر زمان وفات افراد مشخص نباشد، منتفی می‌دانند. دسته دوم، روایات خاصه‌ای که توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان را انحصاراً در غرق و هدم برقرار می‌دانند. دسته سوم، اخباری که دلالت بر عدم توارث در غیر غرق و هدم دارد و توارث را در غیر این دو مورد منتفی می‌دانند.

به مقتضای جمع عرفی با استناد به اخبار، دسته اول و دوم حمل عام بر خاص می‌شود و توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان منحصر در فرض هدم و غرق می‌شود و با استناد به اخبار دسته سوم، امکان تسری حکم به سایر موارد مشابه منتفی می‌شود. در ادامه، به بررسی و تبیین این اخبار می‌پردازیم.

ب. اخبار دال بر اشتراط حیات وارث در زمان وفات مورث: مهم‌ترین دلیل مستند فقهای که توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان را انحصاراً در غرق و هدم برقرار می‌دانند اخبار این باب است. همان‌طور که قبلاً اشاره شد اخبار باب ارث به اقتضای عمومیت و اطلاق خود، حیات وارث را شرط ارث می‌دانند و در نتیجه در مرگ‌های مجهول‌الزمان ارث و توارث را برقرار نمی‌دانند. از جمله اخبار مهم در این باب، حدیث قداح از امام صادق(ع) است که بعضی از فقها از این خبر به‌عنوان دلیل عدم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان استناد می‌کنند.^{۱۳} در خبر چنین آمده است: «ام‌کلشوم، دختر علی(ع) و پسرش،

۹. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲۱۰/۶.

۱۰. سلار دیلمی، المراسم العلویة، ۲۲۶/۲۲۵؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۸/۲۶؛ ابن ادریس، السرائر، ۳۰۱/۳؛ طوسی، النهاية، ۶۷۴؛ خویی، منهاج الصالحین، ۳۸۱/۲؛ ابن فهد حلی، المذهب البارع، ۴۳۱/۴؛ سبزواری، مذهب الأحکام، ۲۷۱ تا ۲۶۸/۳۰؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۴۰۰/۳؛ مفید، المقنعة، ۶۹۹؛ طوسی، جواهر الفرائض در ارث، ۹۷؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۷۵/۴؛ تبریزی، نظام الارث فی الشریعة الإسلامية الغراء، ۳۹۴.

۱۱. علامه حلی، تبصره المتعلمین، ۱۷۸؛ حلی، المختصر النافع، ۲۷۵/۲.

۱۲. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۱۳/۸.

۱۳. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۷/۳۹.

زیدبن‌عمر بن خطاب در یک زمان مردند و دانسته نشد که کدام‌یک زودتر مرده است. هیچ‌یک از دیگری ارث نبردند.^{۱۴}

ج. اخبار دالّ بر تخصیص حکم توارث در فرض هدم و غرق: در کنار اخباری که حیات وارث را شرط مطلق تحقق ارث بیان می‌داشتند، که در نتیجه آن‌ها توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان منتفی می‌شد، اخباری نیز وجود دارد که حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان را در دو فرض هدم و غرق تخصیص زده‌اند که در ادامه به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

حدیث اول: علی‌بن‌مهزیار از فضاله از ابان از فضل‌بن‌عبدالملک روایت کرده است: «امام صادق(ع) درباره زن و شوهری که سقف اتاقی بر ایشان فرود آمده بود فرمود: نخست زن را از مرد و پس از آن مرد را از زن ارث می‌دهند.»^{۱۵}

حدیث دوم: حدیث ابن‌محبوب از امام صادق(ع)؛ در این حدیث درباره قومی سؤال می‌شود که در کشتی غرق می‌شوند یا سقف اتاق بر ایشان فرود می‌آید و می‌میرند و نمی‌توان دانست که کدام‌یک پیش از دیگری مرده است. امام می‌فرمایند: «ایشان از یکدیگر ارث می‌برند و این موضوع در کتاب علی(ع) نیز چنین است.»^{۱۶}

حدیث سوم: خبر عبدالرحمن از امام صادق(ع) که می‌گوید: از آن حضرت درباره اتاقی سؤال کردم که بر گروهی، که گردآمده‌اند، فرود آید و معلوم نشود که کدام‌یک از ایشان پیش از رفیق خود مرده است، امام فرمود: ایشان از یکدیگر ارث می‌برند. گفتم: ابوحنیفه چیزی را به این بحث داخل کرده است. فرمود: چه چیز را به این بحث داخل کرده است؟ گفتم: او گفته است: اگر دو مرد در کشتی نشسته باشند که یکی از آن دو صد سکه با خود داشته و آن دیگر چیزی نداشته، هر دو غرق شده‌اند و معلوم نشده است که نخست کدام‌یک از آن دو مرده است، میراث برای ورثه مسافری است که چیزی نداشته است و برای ورثه مسافر صاحب مال نصیبی از آن مال نیست. امام صادق(ع) فرمود: به حقیقت آن را شنیده است و مطلب همان است...^{۱۷}

باتوجه به اخبار بیان‌شده محرز شد که ارث، مشروط به احراز حیات وارث است و در فرض مجهول‌بودن زمان وفات طرفین رابطه توارث برقرار نیست، مگر در دو فرض هدم و غرق که به‌عنوان

۱۴. طوسی، جواهر الفرائض در ارث، ۳۶۲/۹.

۱۵. ابن‌بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۲۰۷/۶.

۱۶. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۰۷/۲۶.

۱۷. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۳۰۷/۲۶.

استثنائات این باب ذکر شده‌اند. در چنین مواردی که دلیلی بر الغای خصوصیت از موارد مأخوذ در لسان دلیل و امکان تسری به موارد دیگر نباشد، باید از دلیل خاص تفسیر مضیق شود؛ بنابراین اصل بر عدم تسری است، مگر آنکه دلیل بر تسری یافت شود. قائلان به عدم تعمیم بر این باورند که تعمیم و تسری حکم توارث پشتوانه‌ای ندارد و دلایلی برخلاف آن وجود دارد. در ادامه به دلایل این دسته از فقها اشاره خواهد شد.

د. روایات دالّ بر عدم توارث در سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان: ازجمله دلایلی که فقها برای عدم تعمیم حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان استناد می‌کنند،^{۱۸} روایت مرسلی است که اولین بار در کتاب ایضاح الفوائد علامه بدان اشاره شده است، در حالی که قبل از آن در متون روایی یافت نمی‌شد. در روایت مذکور آمده است که کشته‌شدگان جنگ‌های یمامه و صفین و حره از یکدیگر ارث نبردند، بلکه ترکه بین وراث زنده آن‌ها تقسیم شد.^{۱۹}

ارزیابی دلیل اول: سه دسته اخبار در این باب بیان شد. اخبار دسته یک و دو دلالت ایجابی -نه سلبی- دارند و دلالتی بر نفی تسری حکم از غرق و هدم به سایر موارد مشابه را ندارند. به‌دیگر بیان، مقتضای این دو دسته اخبار ایجاب می‌کند که در فرضی که هدم و غرق منجر به مجهول‌شدن زمان وفات افراد شود توارث برقرار باشد و لاغیر. اما خبر مربوط به جنگ یمامه و صفین دلالت سلبی دارد و امکان توارث در نظایر را منتفی می‌کند؛ بنابراین مهم‌ترین خبری که باید ارزیابی شود خبر مربوط به جنگ یمامه و صفین است که به تفصیل آن را ارزیابی می‌کنیم.

اشکال اول؛ ضعف سندی: اشکال وارد بر دلیل ذکرشده، مجهول‌السند بودن روایت است و روایت به دلیل مجهول‌السند بودن، حجیت لازم برای استناد را ندارد. ضمن اینکه روایت مذکور در هیچ‌یک از کتب روایی شیعه نیامده است. فقها نیز به ضعف سندی حدیث مذکور تصریح کرده‌اند.^{۲۰}

آن دسته از فقها که به این حدیث تمسک جسته‌اند، براساس عمل به قاعده «جبران ضعف سند به سبب شهرت عملی»^{۲۱} آن را مستند فتوای خود قرار داده‌اند. صاحب ریاض پس از ذکر حدیث مذکور در بیان چرایی تمسک به آن می‌نویسد: «هرگاه روایت مرسلی مستند فتوای جمع زیادی از فقها قرار گیرد، شهرت عملی، جبران‌کننده ضعف سندی آن روایت خواهد بود.»^{۲۲}

۱۸. طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۴/۴۶۷.

۱۹. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۴/۲۷۷.

۲۰. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۸/۲۶۳.

۲۱. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۱/۱۴۲.

۲۲. طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۴/۴۶۷.

اما تمسک به قاعده مذکور برای چشم‌پوشیدن از ضعف سندی حدیث ذکرشده صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا استناد فقها به روایت فوق برای فتوا اثبات‌شده نیست. بسیاری از فقها دلیل فتوای خود را صرفاً براساس تفسیر مضیق از ادله تخصیص و اکتفا به قدرمتیقن در حکم خلاف قاعده و دوری از قیاس بیان کرده^{۲۳} و عمل به محتوای این روایت را به‌عنوان دلیل بیان نکرده‌اند.

نکته شایان ذکر دیگر این است که: زمانی ضعف سندی یک روایت با شهرت میان اصحاب جبران می‌شود که فقها از آن به‌عنوان دلیل یاد کرده باشند و آن خبر ضعیف، مستند حکم فقها قرار گرفته باشد و اصطلاحاً شهرت، عملی باشد.^{۲۴} در مقابل، بسیاری از فقها مفهوم متفاوتی از این روایت برداشت کرده و برخلاف ادعای مخالفان تعمیم قائل به تعمیم حکم توارث در سایر موارد مشابه شده‌اند.

اشکال دوم؛ عدم تمامیت دلالت خبر مذکور بر مدعا: اشکال دیگری که به نظر می‌رسد این است که اساساً دلالت خبر ذکرشده بر مدعا تمام نیست. مدعای قائلان به عدم تعمیم آن است که توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان منحصر در فرض هدم و غرق است. به‌دیگر بیان، در هیچ‌یک از مرگ‌های مجهول‌الزمان - جز هدم و غرق - نمی‌توان حکم به توارث کرد. حال آنکه، خبر مذکور صرفاً بیان‌کننده حکم عدم توارث در افرادی است که در جنگ کشته شده‌اند.

اشکال سوم؛ عدم حجیت عملکرد مذکور در خبر: در ارزیابی خبر مذکور و محتوای آن نباید از این نکته غافل شد که جنگ‌های یمامه و حره در زمانی اتفاق افتاده است که زمام امور به دست امام معصوم نبوده و مراجعه به معصوم نشده است تا نحوه عملکرد مذکور در خبر، مشروع تلقی شود.^{۲۵}

اشکال چهارم؛ احتمال استناد عدم توارث در حدیث مذکور به سببی غیر از مجهول‌الزمان بودن وفات: افزون‌بر آنچه بیان شد، اساساً مشخص نیست همه شرایط توارث در بین کشته‌شدگان جنگ صفین و خوارج جمع شده باشد. محقق عاملی نیز در این باره می‌نویسد: «سقوط حکم توارث و مقصورشدن بر زندگان، مشروط به این است که کسانی اقرب از آنان وجود نداشته باشد و در رابطه با کشته‌های یمامه و صفین و حره چنین چیزی مشخص نیست و شک در شرط، مقتضی شک در مشروط است.»^{۲۶}

۲۳. خوانساری، جامع المدارک، ۳۸۷/۵.

۲۴. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۱۷۷.

۲۵. تبریزی، نظام الإرث فی الشریعة الاسلامیة الغراء، ۳۹۴.

۲۶. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۲۶۳/۸.

۳. دلیل دوم: اکتفا به قدرمتیقن در موارد خلاف قاعده

از شروط تحقق ارث، احراز حیات وارث هنگام وفات مورث است.^{۲۷} در نتیجه، حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان برخلاف قواعد اولیه ارث است؛ درباره غرق و هدم دلیل خاص وارد شده است که حکم به توارث می‌کند. در چنین مواردی باید به قدرمتیقن ذکر شده در روایات اکتفا کرد و از نصوص شرعی تعدی نکرد. صاحب‌جواهر به اقتضای اصل است اشاره کرده است.^{۲۸}

ارزیابی دلیل دوم: اکتفا به قدرمتیقن و عدم‌الغای خصوصیت از عناوین مأخوذ در دلیل با پاره‌ای از اشکالات مواجه است که براساس آنچه به تفصیل در مقام تبیین دیدگاه یک و نیز آنچه در مقام تبیین دیدگاه مختار خواهد آمد این اشکالات شرح داده می‌شود. نظر به پاسخ همین اشکال محقق سبزواری می‌نویسد: «قاعده اکتفا به قدرمتیقن به ذات خود، اصل صحیحی است اما اصل و شهادت عرف، مانع از اجرای این قاعده در این مسئله می‌شود.»^{۲۹}

۴. دلیل سوم: شهرت فتوائیه

از دیگر دلایلی که برای عدم‌تعمیم حکم توارث هدم و غرق به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان بیان شده است، استناد به قول مشهور است.^{۳۰} صاحب‌کتاب ریاض پس از آنکه ادله فراوانی را در تأیید تسری حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان بیان می‌دارد، در نهایت به تسری حکم توارث تردید می‌ورزد و دلیل تردید خود در حکم توارث را وجود شهرت مبنی بر عدم‌توارث بیان می‌دارد.^{۳۱}

ارزیابی دلیل سوم: دلیل سوم یکی دیگر از مهم‌ترین ادله قائلان به عدم‌تعمیم است که به نظر می‌رسد با اشکالاتی مواجه باشد، برخی از این اشکالات عبارت‌اند از:

اشکال اول: قبلاً در مقام بیان دیدگاه دوم مبنی بر تسری و تعمیم حکم گذشت که قول به تسری، خلاف مشهور نیست، بلکه دیدگاهی است مشهور که در مقابل دیدگاه مشهورتر قرار دارد. انبوهی از فقهای متقدم و متأخر که قائل به دیدگاه تعمیم هستند را ذکر کردیم تا مؤیدی بر مدعای آنان باشد که قول به تعمیم را دیدگاه مشهور معرفی کرده‌اند؛ بنابراین در اینجا دیدگاه مشهور و غیر مشهور مطرح نیست، بلکه دو دیدگاه مشهورتر و مشهور در میان است...

۲۷. بهبهانی، الفوائد العلیة، ۲۸۴/۱.

۲۸. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۸/۳۹.

۲۹. سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۶۹/۳۰، ۲۷۰.

۳۰. طباطبائی کربلانی، ریاض المسائل، ۴۶۷/۱۴.

۳۱. سبزواری، مهذب الأحکام، ۴۶۷/۱۴.

اشکال دوم: شهرت مطرح‌شده مدرکی است. شهرت مدرکی مانند اجماع مدرکی فاقد اعتبار است.^{۳۲} بنابراین استناد به قول مشهور درباره این موضوع اساساً با موازین اصولی هماهنگی ندارد؛ زیرا شهرت به‌عنوان دلیلی مستقل زمانی درخور استناد است که مدرک و مستند حکم مشخص نباشد. حال آنکه، اخباری دالّ بر عدم تعمیم وجود دارد که اگر مدرکی‌بودن شهرت مذکور را محرز نسازد، دست‌کم آن را محتمل‌المدرک خواهد ساخت که آن نیز فاقد اعتبار است.^{۳۳} پس چنین شهرتی نمی‌تواند مستند مستقلاً برای دلیل مذکور باشد.

۵. دلیل چهارم: قیاس

عده‌ای از فقها معتقدند علت حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از غرق و هدم در روایات تصریح نشده است و نیز تنقیح مناطی که محل اتفاق باشد در این خصوص وجود ندارد، در نتیجه استنباط مجهول‌الزمان‌بودن فوت افراد به‌عنوان دلیل برای حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از هدم و غرق و تسری آن به موارد مشابه، قیاسی مستنبط‌العله است که نزد فقهای امامیه فاقد حجیت است.^{۳۴}

ارزیابی دلیل چهارم: همان‌طور که در متن دلیل فوق بیان شد و تصریحات اصولیان بر آن دلالت داشت، مفروض‌هایی که سبب قیاس دانستن تسری یک حکم به سایر موارد می‌شود عدم وجود علت مصرح یا تنقیح مناط در لسان احادیث و دلایل است. در ادامه این نوشتار به بطلان تمام این مفروض‌ها با بررسی مقتضیات لفظی اخبار این باب خواهیم پرداخت.

۶. ادله دیدگاه دوم

قبلاً دانسته شد مشهورتر از میان دو دیدگاه تعمیم و عدم تعمیم، دیدگاه عدم تعمیم است.^{۳۵} در ادامه به ارائه دلیل قول مشهور؛ یعنی تسری حکم توارث و ارزیابی آن می‌پردازیم.

۶.۱. امکان الغای خصوصیت و تنقیح مناط

از بررسی استدلال‌های موافقان نظریه تعمیم حکم توارث این چنین به دست می‌آید: «مطلقاً اشتباه، از روایاتی که در این باب آمده است به‌عنوان مناط به دست می‌آید و این علت در سایر حوادث نیز جریان دارد، پس باید حکم توارث را به سایر موارد مشابه تعمیم داد. همچنان‌که وقتی خوف استعمال آب سبب

۳۲. صدر، ما وراء الفقه، ۲۸۴/۷.

۳۳. بهجت، مباحث الأصول، ۲۲۴/۳.

۳۴. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۰۸/۳.

۳۵. سبحانی، نظام الارث فی الشریعة الإسلامية الغراء، ۳۹۴.

تیمم باشد دیگر فرقی ندارد این خوف حقیقی و عقلانی، از بابت بیماری باشد یا خطر حمله حیوان درنده یا... در هر صورت فرد می تواند به جای استفاده از آب تیمم کند.^{۳۶}

موافقان نظریه تعمیم کوشیده اند تا بر موضوعیت نداشتن عناوین هدم و غرق و امکان الغای خصوصیت از این دو عنوان و تسری حکم به موارد مشابه شواهدی بیاورند؛ زیرا الغای خصوصیت نیاز به قرینه لفظی یا لبی دارد و صرف ادعای الغای خصوصیت بدون وجود قرینه، ادعای بدون دلیل و محکوم به رد است. ایشان در این باره دو قرینه و شاهد - یکی لفظی و درون متنی، دیگری لبی و برون متنی - را بیان داشته اند که در ادامه به آن ها می پردازیم:

۱. ۱. ۶. قرینه اول: متفاهم عرفی

از جمله قرائنی که فقها به عنوان شاهد بر امکان الغای خصوصیت بیان کرده اند «شهادت عرف» یا همان «متفاهم عرفی» است که قرینه ای برون متنی و لبی به شمار می آید. در شرح این دلیل می توان گفت: عرف خصوصیتی در غرق و هدم درک نمی کند که بدان دلیل، مرگ مشبه ناشی از غرق و هدم را دلیل حکم توارث بداند؛ بنابراین بر حسب متفاهم عرفی، از لسان ادله چنین استظهار می شود که علت توارث، مشبه شدن زمان وفات افراد است، بی آنکه هدم و غرق، خصوصیتی در ترتب حکم داشته باشند. به دیگر بیان، «از آنجاکه غرق و هدم از حوادثی است که معمولاً زمان وفات افراد در آن ها مشخص نیست، پس عرف بر الغای خصوصیت به مجرد فوت متواترینی که تقدم و تأخر و تقارن زمان مرگشان را ندانیم یا اینکه بدانیم یک نفر متقدم بوده اما ندانیم کدام یک متقدم بوده است ما را مساعدت می کند.»^{۳۷}

ارزیابی قرینه اول: دلالت و شهادت عرف بر امکان کشف ملاک و تنقیح مناط، نه تنها پذیرفتنی است؛ بلکه متفاهم عرفی ذکر شده قابل تقویت با پاره ای از قرائن لفظی و درون متنی است که الغای خصوصیت از عناوین هدم و غرق را کاملاً موجه می سازد. در ادامه ضمن بیان دیدگاه مختار، مهم ترین مقتضیات لفظی که از لسان ادله استظهار شدنی است را واکاوی می کنیم.

۱. ۲. ۱. ۶. قرینه دوم: فهم راوی

قرینه دیگر بیان شده به عنوان شاهد بر امکان الغای خصوصیت، «کیفیت فهم راوی» است که در متن خبر انعکاس یافته است؛ لذا قرینه ای درون متنی و لفظی به شمار می آید. توضیح آنکه، در روایت عبدالرحمن از امام صادق (ع) (که قبلاً بیان شد) راوی بعد از اینکه امام (ع) حکم توارث را درباره زن و مردی که خانه بر سر آنان ریخته است بیان می فرماید، اتحاد حکم در موضوعات به سبب اشتراک در علت

۳۶. سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۶۹.

۳۷. سبحانی، نظام الإرث فی الشریعة الإسلامية الغراء، ۳۹۳.

را دریافت می‌کند و به همین دلیل، بلافاصله کلام ابوحنیفه درباره غرقى را بیان می‌دارد و امام نیز فهم راوى را تأیید می‌کند و اشکالى بر آن وارد نمی‌داند. به‌دیگر بیان، راوى از کلام امام علت حکم توارث را «اشتباه و جهل به تقدم و تأخر زمان فوت افراد» دریافت کرده است که چون همین علت در غرقى نیز موجود بوده است به غرقى و حکم ابوحنیفه اشاره می‌کند و امام(ع) راوى را از این فهمش منع نکردند و نفرمودند که: این مقایسه توقیاس باطل است، مطلبی که من گفته‌ام درباره مهدوم‌علیهم است و آنچه ابوحنیفه گفته است راجع به غرقى است. زمانی که راوى می‌گوید: ابوحنیفه بر این مطلب چیزى را اضافه کرده است امام(ع) نه‌تنها او را از این سخن منع نمی‌کند، بلکه تقریر می‌کند که فهم او که این مثال را تطابق داده است درست و غرقى نیز حکمش مانند مهدوم است. درصورت اشتباه فهم راوى لازم بود امام(ع) اعتراض کنند و بگویند: من این مسئله را درباره مهدوم گفتم شما چرا موضوع غرقى را مطرح کردی؟^{۳۸}

ارزیابی قرینه دوم: دلالت قرینه مذکور خدشه‌پذیر است؛ چراکه «ای بسا راوى از قبل، حکم غرقى را می‌دانسته و برای او مشخص بوده است و به‌علت آگاهی‌ای که نسبت به حکم داشته این موضوع را بیان کرده است.»^{۳۹} بنابراین، پرسش از غرقى به‌دلیل کشف علت و تطبیق آن بر مصداق دیگر نیست؛ یعنی چنین نیست که راوى بالبداهه با خودش، مصداق دیگری که همسان با هدم است مطرح کرده باشد، بلکه از قبل می‌دانسته است که هدم و غرق، هر دو محل بحث هستند؛ لذا پس از طرح پرسش راجع به هدم، به طرح پرسش درباره غرق می‌پردازد و لذا دلالت این قرینه بر تنقیح مناط و الغای خصوصیت، ناتمام است. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: اینکه راوى، حکم توارث درباره غرق‌شدگان را از قبل می‌دانسته است، مطلب اثبات‌شده‌ای نیست و اثبات آن برعهده ادعاکننده است و تا قبل از اثبات، قابلیت استناد ندارد.

این پاسخ صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا ممکن است در فضای علمى و فقهى آن زمان، بحث هدم و غرق شناخته‌شده باشد، به‌گونه‌ای که راوى در پی پرسش از بحث هدم، پرسش خود را درباره غرق دنبال کند. بنابراین طرح پرسش راجع به غرق‌شدگان از جهت تنقیح مناط توسط راوى نیست، بلکه به‌سبب انس و تلازم ذهنی است که راوى به‌عنوان یک متشرع و آگاه به احکام، بین هدم و غرق برقرار دانسته است.

۷. دیدگاه مختار

دانسته شد که قول مشهورتر میان فقها و به‌تبع آن، دیدگاه قانون مدنى، انحصار حکم توارث در غرق و

۳۸. روحانى، فقه الصادق علیه السلام، ۴۹۸/۲۴.

۳۹. نراقى، مستند الشیعة، ۴۶۴/۱۹.

هدم است؛ یعنی توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان تنها در فرض هدم و غرق برقرار است و این حکم درخور تسری به موارد مشابه غرق و هدم (چه به لحاظ محتوا و چه به لحاظ دلیل)، از قبیل تصادفات جاده‌ای و آتش‌سوزی و مانند آن‌ها نیست. اشکالات متعددی درباره این دیدگاه بیان شد. باتوجه به اشکالات ذکر شده و نظر به قوتی که ادله تسری داشت، دیدگاه تسری و تعمیم تقویت می‌شود. قائلان به تسری حکم توارث به سایر موارد مشابه، دو قرینه برای امکان الغای خصوصیت و تسری ذکر کرده‌اند که یکی رد و دیگری پذیرفته شد. افزون بر دلایلی که از سوی فقها در مقام اثبات تسری از واژگان غرق و مهدوم‌علیهم به نظایر آن‌ها ارائه شده است، دو دلیل مهم لفظی و یک دلیل مفهومی دیگر نیز می‌توان بر امکان، بلکه لزوم تسری ارائه شود که در ادامه بحث می‌شود.

دلیل مفهومی که در تأیید حکم توارث می‌توان به آن پرداخت این است که: اساساً زمانی دو مفهوم یکی تلقی می‌شوند که شرایط تحقق آن‌ها یکی و نتیجه آن‌ها نیز یکی باشد. اما دو موضوع ارث و توارث از موضوعاتی هستند که شرایط تحقق و نتیجه آن‌ها یکسان نیست، چنان‌که در شرایط تحقق ارث، وجود مال یا حقی که انتقال‌دانی باشد ضروری است؛ یعنی اگر مال یا حقی از فرد وفات‌یافته موجود نباشد پس زمینه‌ای برای اعمال ارث وجود ندارد. ضمن اینکه در قانون ارث چنین آمده است که وارث به شرط حیات پس از مورث می‌تواند از ارث بهره‌مند شود و در واقع، ارث انتقال یک سوئه مال یا حق از فرد وفات‌یافته فرضی یا حقیقی به وارث در قید حیات اوست، درحالی‌که توارث انتقال دوطرفه صرفاً مال از افراد وفات‌یافته حقیقی به یکدیگر است. به بیان دیگر، توارث در شرایطی حاکم است که دو طرف، هر دو حقیقتاً وفات یافته باشند اما تقدم و تأخر و هم‌زمانی وفات آنان محرز نباشد و توارث صرفاً در امور مالی جریان دارد و در حقوق جاری نیست، اما ارث انتقال یک‌طرفه اموال و حقوق انتقال‌دانی از مرده حقیقی یا فرضی به زنده حقیقی یا فرضی است.

آنچه به نظر می‌رسد این است که مقدمات اجرای احکام ارث و نتایج آن‌ها با یکدیگر تفاوت‌های عدیده‌ای دارد و حتی احراز شرایط بهره‌مندشدن از اموال در آن‌ها با یکدیگر متفاوت است و تمام تلاش‌هایی که فقهای مخالف حکم تعمیم در بیان ادله دارند گامی است برای اینکه توارث را به عنوان استثنایی بر مقوله ارث ارزیابی می‌کنند، درحالی‌که شاید حکم توارث حکم جدیدی فارغ از ارث‌بری میان افراد باشد؛ یعنی بگوئیم افرادی که با یکدیگر رابطه نسبی و سببی که حاصل به ارث می‌شود را دارند، در صورتی که به گونه‌ای وفات پیدا کنند که تقدم و تأخر و هم‌زمانی وفات آن‌ها محرز نشود از ارث محروم می‌شوند و تحت استیلای قانون توارث قرار می‌گیرند و در نتیجه، از حقوقی چون شفعه و... نیز محروم می‌شوند، برخلاف شرایط ارث‌بری افراد از یکدیگر.

۷. ۱. دلایل لفظی: دلیل اول؛ دلالت معنای لفظ «ف» و مابعد آن در متن حدیث

با تأمل در خبر عبدالرحمن بن حجاج از امام صادق (ع) در می‌یابیم که صورت مسئله در کلام راوی دو فرض بوده است که هر دو فرض را راوی به‌گونه‌ای تبیین کرده است که براساس مقتضیات لفظی، قابلیت تنقیح مناط دارد. به عبارت دیگر، شکل طراحی سؤال، نمودی از متن منصوص‌العله است که قاعدتاً پاسخ هم که ناظر به فرض موجود در مقام پرسش است می‌باید منصوص‌العله تلقی شود.

راوی، فرض محل بحث را چنین مطرح می‌کند که: «سألته عن بیت وقع علی قوم مجتمعین فلا یدری أیهم مات قبل فقال: یورث بعضهم من بعض.» گرچه پرسش در اینجا راجع به خانه‌ای است که بر سر گروهی آوار شده است اما در ادامه با فاء تفریع مطلبی را بر آن متفرع می‌سازد که در فراز بعدی هم محور پرسش راوی قرار گرفته است. راوی در ادامه می‌افزاید که «فلا یدری أیهم مات قبل»؛ یعنی فروریختن آوار، منجر به مجهول‌شدن تقدم و تأخر موت شده است که امام در پاسخ، امکان توارث را مطرح می‌فرمایند.

در ادامه نیز راوی فرض دیگر را چنین مطرح می‌کند: «رکبا فی السفینة فغرقا فلم یدر أیهما مات أولا»^{۴۰} تأمل در این فراز از حدیث، مؤیدی بر کیفیت استظهار پیشین از فراز اول است؛ زیرا محور بحث در امکان توارث، غرق نیست؛ بلکه مشتبه و مجهول‌شدن تقدم و تأخر فوت طرفین است که نقش مناط و علت ترتب حکم را ایفا می‌کند. بنابراین غرق به‌خودی‌خود موضوعیت ندارد؛ بلکه از آنجاکه منجر به مناط و علت مذکور می‌شود حکم توارث بر آن مترتب شده است. از این رو، هر عنوان دیگری که منتهی به مشتبه‌شدن زمان مرگ افراد شود می‌تواند موجب ترتب حکم توارث شود.

در واقع، عبارت «فلا یدری أیهم مات قبل» و نیز عبارت «فلم یدر أیهما مات أولا» به منزله علت برای ماقبل خود است که نظر به قاعده معروف «العله تعمم و تخصص» (علت حکم، دایره حکم را تعمیم و تخصیص می‌دهد)^{۴۱} این علت موجب تعمیم حکم می‌شود و هر موضوع دیگری که واجد این علت باشد نیز مؤثر در ترتب حکم خواهد بود.

افاده معنای علیت به وسیله فاء، پیوسته مورد تأکید ادبا و نحویون بوده است. برای مثال، جوهری در صحاح اللغة ضمن بیان سه موضع استعمال برای فاء، دومین موضع و کیفیت استعمال را چنین تبیین می‌کند: «دومین موضع استعمال فاء آن است که ماقبل فاء علت برای مابعد آن باشد که البته در این صورت نیز فاء به همان شکل عاطف بودن استعمال می‌شود که مفید معنای تعقیب است؛ مثل آنکه می‌گویی «ضربه

۴۰. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۰۷/۲۶.

۴۱. طباطبائی قمی، الأنوار البهیة، ۳۴.

فبکی و ضربه فأوجعه» در جایی که ضرب، علت گریه و درد است.^{۴۲}

زبیدی در تاج العروس^{۴۳} و ابن منظور در لسان العرب^{۴۴} نیز به همین معنا اشاره کرده‌اند. مجلسی دوم در مرآة العقول ضمن تفسیر حدیث شریف «الحمد لله الذي علا فقهر» می‌نویسد: «فهو من قبيل تفریع المدلول على الدلیل». بنابراین ماقبل فاء را دلیل برای مابعد می‌داند و البته از آنچه در ادامه می‌نویسد دانسته می‌شود که مقصود وی از دلیل، علت است. وی در ادامه می‌نویسد: «فقهر كل شيء، و الأظهر أن الفاء للتفریع أي علوه بالذات و الصفات على جميع الممكنات صار علة لقهره جميع من دونه من المخلوقات على ما أراد»؛ اظهر آن است که فاء در این مورد برای تفریع است؛ یعنی علو ذاتی و صفاتی پروردگار، علت قاهریت او نسبت به جمیع مخلوقات است.^{۴۵} بنابراین لفظ دلیل در اینجا اعم از علت است و جایی برای پاره‌ای از مناقشات مبتنی بر تباین بین دلیل و علت باقی نمی‌ماند.

بدین ترتیب دانسته شد همان‌طور که فاء گاه برای تعلیل است و مابعد آن علت برای ماقبل است؛ مثل حدیث شریف «... وَ إِلَّا فَإِنَّهُ عَلَى يَقِينٍ مِنْ وَضُوئِهِ»^{۴۶} که از احادیث معروف در باب استصحاب است و طبق دیدگاه پذیرفته‌شده بین فقها و اصولیان، مابعد «ف» در این حدیث شریف نقش علت برای ماقبل را دارد،^{۴۷} گاه نیز ماقبل آن، علت برای مابعد است.

بنابراین وجود «ف» تفریع اثبات می‌کند که واژه غرق در اینجا طریقت دارد و هر جا که عنوانی طریق الی الحكم باشد، جانشین‌پذیر است و حکم، دایرمدار آن خواهد بود. براساس توضیحات فوق در می‌یابیم که الغای خصوصیت از لفظ غرق نیاز به مراجعه به خارج از محتویات لفظی خبر ندارد؛ بلکه براساس مناسبات لفظی موجود در خبر می‌توان از واژه غرق الغای خصوصیت کرد و به تنقیح مناط حکم رسید. مناط حکم همان است که در قالب «فلا یدری أیهم مات قبل» و «فلم یدر أیهما مات أولاً» و با دلالت معنایی لفظ «ف» بیان شده است.

۲.۷. دلیل دوم: اطلاق و وسعت معنایی لفظ هدم

آنچه گذشت و رجوع به تنقیح مناط، همه تلاش‌هایی به‌منظور امکان تسری حکم از موضوعی به موضوع دیگر بود. هدف آن بود که حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان از غرق و هدم به موضوعات

۴۲. جوهری، تاج اللغة و صحاح العربية، ۲۵۵۳.

۴۳. مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۳۹۲.

۴۴. ابن‌منظور، لسان العرب، ۴۶۴.

۴۵. مجلسی، مرآة العقول، ۱۵۱.

۴۶. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۴۵/۱.

۴۷. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۷۲/۲.

مشابه به لحاظ علت، نظیر «تصادفات رانندگی» و «سوانح آتش‌سوزی» تسری داده شود. در واقع، گویی عدم شمولیت لفظ هدم نسبت به موارد مشابه، مسلّم و مفروغ عنه فرض شده و درصدد یافتن ادله‌ای برای تسری حکم به امثال تصادفات جاده‌ای برآمده‌اند.

اما آنچه در این دلیل درصدد اثبات آن هستیم آن است که اساساً واژه هدم به لحاظ لغوی از شمولیتی برخوردار است که امثال تصادفات رانندگی از مصادیق آن شمرده می‌شوند. این مطلب با مراجعه به معنای لغوی هدم به وضوح آشکار می‌شود.

اهل لغت در مقام تبیین معنای لغوی هدم گفته‌اند: «هو أن ينهار عليه بناء، أو يقع في بئر أو أهوية».^{۴۸} بنابراین، اهل لغت هرگز معنای آن را مختص فروریختن بنا ندانسته‌اند و معنای آن را واجد چنان وسعتی می‌دانند که حتی اقتادن در چاه و امثال آن را هم شامل می‌شود.

به نظر می‌رسد باتوجه به وضوح مطلب، دلیل عدم اشاره فقها و کارشناسان مذهبی به مطلب مذکور رایج نبودن چنین حوادثی در زمان صدور روایات بوده است؛ چراکه مسائلی همچون تصادفات رانندگی و موارد مشابه، از جمله مسائل مستحدثه است اما فقدان بعضی از مصادیق در یک زمان، مانع شمولیت و اطلاق آن لفظ نخواهد بود؛ زیرا اصل در نصوص روایی آن است که در مقام بیان قضایای حقیقیه (و نه خارجیّه) هستند^{۴۹} که بعد از تحقق خارجی هر مصداق در هر زمان، ترتب حکم برای آن مصداق قهری خواهد بود.

بنابراین، به مقتضای آنچه در سطور پیشین بیان شد اساساً تصادفات جاده‌ای و امثال آن در مقایسه با مهدوم‌علیهم، «موضوع دیگر» شناخته نمی‌شوند تا نیاز به بحث درباره کیفیت تسری حکم از موضوعی به موضوع دیگر باشد؛ بلکه تصادفات رانندگی از مصادیق هدم است و انطباق واژه هدم بر آن‌ها از قبیل انطباق مفهوم بر مصداق و عنوان بر معنون خواهد بود.

۳.۷. دلیل سوم: تفاوت ماهوی ارث و توارث

آنچه درصدد واکاوی و بررسی آن هستیم این است که آیا اساساً توارث امری مرکب است یا بسیط؟ فهم دقیق این پرسش، کمک بسزایی به منظور حل مسئله و یافتن پاسخ آن می‌کند.

فرض اول آن است که توارث را امری مرکب از دو ارث بدانیم؛ یعنی در همان هنگام که مثلاً شخص (الف) وارث و شخص (ب) مورث است، درعین حال شخص (الف) مورث و شخص (ب) وارث باشد پس دو ارث دوسویه نام توارث را به خود گرفته است. اگر این فرض را بپذیریم علی‌القاعده باید از احکام

۴۸. ابن‌اثیر، النهاية، ۲۵۲/۵.

۴۹. نانینی، الرسائل الفقهية، ۹۵.

باب ارث، طبق النعل بالنعل تبعیت کنیم. از جمله این احکام، لزوم حیات وارث هنگام وفات مورث است. پس در جایی که حیات وارث محرز نیست، اصل بر عدم ارث‌بری است، مگر آنکه دلیل بر تخصیص داشته باشیم که این دلیل صرفاً در غرق و هدم موجود است.

فرض دوم آن است که توارث را امری بسیط بدانیم که احکام ویژه و خاص خود را می‌طلبد. طبق این فرض، گرچه توارث در ظاهر مشکل از دو ارث است اما حقیقتاً و ماهیتاً متفاوت از بحث ارث است. گویی خود «وفات دو یا چند نفر در فرض مجهول‌الزمان بودن تقدم و تأخر متوفیان» موضوعی مستقل برای ترتب احکام خاص شرعی است. اگر این فرض را بپذیریم نیازی به تبعیت کامل احکام توارث از احکام باب ارث نیست. به‌دیگر بیان، اگر عدم احراز حیات وارث، ارث‌بری را با اختلال مواجه می‌سازد، قرار نیست مجهول‌بودن وفات طرفین در مرگ‌های مجهول‌الزمان نیز تحقق توارث را با اختلال مواجه سازد؛ چراکه اساساً توارث و ارث دو موضوع جداگانه هستند که احکام خاص خود را می‌طلبند.

آنچه در قالب دو فرض بیان شد صور ثبوتی مسئله است که دانسته شد ثبوت مسئله از دو فرض خارج نیست، اما به‌لحاظ اثباتی باید ببینیم کدام‌یک از دو فرض مذکور اقرب به واقع است؟ بررسی شرایط تحقق ارث و شرایط تحقق توارث و نتیجه‌ای که از تحقق ارث حاصل می‌شود در مقایسه با نتیجه‌ای که از تحقق توارث حاصل می‌شود تداعی‌کننده نوعی تفاوت ماهیتی در مفهوم ارث و توارث است.

با تأمل در لسان ادله و آرای فقها، برخی از تفاوت‌هایی که میان ارث و توارث می‌توان در نظر گرفت عبارت‌اند از:

۱. شرط تحقق ارث، وفات مورث و حیات وارث است اما شرط تحقق توارث، وفات متوارثان است.
۲. توارث صرفاً در حوزه مالی حاکم است، اما ارث در حوزه مالی و حقوقی حاکم است.
۳. ارث انتقال یک‌طرفه مال یا حق از مرده به زنده است، درحالی‌که توارث انتقال طرفینی اموال بین وفات‌یافتگان است.

۴. ارث در فرض حیات و ممات فرضی تحقق می‌یابد اما توارث به شرط وفات حقیقی اجرا می‌شود. وجود آثار و احکام متمایز برای توارث، خود نشان از بسیط‌بودن حقیقت و ماهیت توارث دارد. اگر توارث، ماهیتی مرکب انضمامی بود که از انضمام دو ارث در کنار یکدیگر مفهوم خود را می‌یافت، نمی‌توانست دارای آثاری متفاوت از آثار اجزای خود باشد. وجود آثار متفاوت، حکایت از بسیط‌بودن حقیقت و ماهیت آن دارد. این همان چیزی است که گاه از آن با عنوان «مرکب حقیقی» در مقابل «مرکب

انضمامی» تعبیر می‌شود.^{۵۰}

نتیجه آنکه، اگر احکام باب ارث -که احراز حیات وارث را شرط می‌داند- عمومات این باب باشد و احکام باب غرق و هدم، تخصیصی بر آن عمومات باشد، می‌توان گفت که در موارد مشابه؛ مانند آتش‌سوزی و تصادفات رانندگی و... باید عام را بر حجیت خود باقی دانست و احراز حیات وارث را شرط ارث‌بری شمرد. اما بنابر آنچه بیان شد اساساً احکام غرق و مهدوم‌علیهم تخصیصی نسبت به احکام ارث و قواعد اولیه باب ارث نخواهد بود تا گفته شود که در موارد مشکوک باید عام را بر حجیت خود باقی دانست. غرق و هدم، مصادیق توارث هستند که آثار و احکام خاص خود را دارند.

شاید این پرسش به ذهن آید که چرا در روایات ائمه معصومان، این دو به‌عنوان دو استثنای بر ارث ذکر شده‌اند؟ در پاسخ باید بگوییم: هرگز چنین نیست که امام، این دو را به‌عنوان استثنائات باب ارث ذکر کرده باشند، بلکه این راوی است که پس از پرسش راجع به احکام ارث، به پرسش درباره غرق و هدم می‌پردازد که احتمالاً تنها مصادیق رایج توارث در عصر حضور بوده‌اند. امام در پاسخ راوی به تمایز و تفاوت حکمی آن‌ها اشاره می‌کند.

اشکال دیگر که ممکن است به ذهن آید این است که توارث از باب تفاعل است که اقتضای رابطه دوسویه را دارد. این خود، شاهد و قرینه‌ای بر اثبات فرض اول است که توارث را مرکب انضمامی بدانیم که متشکل از دو ارث است، پس توارث باید از احکام باب ارث تبعیت کامل داشته باشد.

این اشکال نیز بی‌مورد است؛ زیرا درست است که توارث از باب تفاعل است و رابطه دوسویه را می‌طلبد اما هرگز مدعای مستشکل را اثبات نخواهد کرد. توارث را در باب تفاعل به کار برده‌اند، زیرا پای وفات طرفینی در میان است اما این دلیل نخواهد بود که آن را مرکب از دو ارث با همان قواعد و احکام فقهی باب ارث بدانیم. به‌دیگر سخن، آنچه در مقام اشکال فرضی بیان کردیم صرفاً مربوط به مباحث لفظ شناختی می‌شود و هرگز دلیل نخواهد بود که به‌لحاظ فقهی هم توارث را از مصادیق باب ارث بدانیم. بدیهی است که وقتی پای وفات طرفینی در میان باشد، باب تفاعل، مناسب‌ترین باب ثلاثی مزید برای کاربر است این واژه خواهد بود اما اثبات‌کننده بسیط یا مرکب بودن حقیقت و ماهیت فقهی آن نیست.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار پس از بررسی توصیفی و تحلیلی دلایل ارائه‌شده از سوی موافقان و مخالفان تعمیم حکم

توارث به سایر موارد مشابه، به عدم انطباق دلایل مخالفان تعمیم حکم توارث دست یافتیم. مهم‌ترین دلیل موافقان تسری حکم توارث به سایر موارد مشابه، الغای خصوصیت براساس مناسبات عرفی بود که ضمن تأیید آن، به تقویت حکم تسری براساس مناسبات لفظی موجود در لسان ادله و اخبار موجود در این خصوص پرداختیم. از متن احادیث این باب، که ادله خاصه برای اثبات حکم توارث در غرق و هدم شمرده می‌شوند، قراین لفظی کافی برای تنقیح مناط و کشف ملاک حکم برای تسری حکم به موارد مشابه استفاده می‌شود و البته قراینی مبنی بر پذیرش توارث به عنوان حکم شرعی جدا از حکم ارث نیز موجود است که در متن مقاله به آن اشاره شد. دلالت معنای لفظ «ف» و مابعد آن در متن حدیث، اطلاق و وسعت معنایی لفظ هدم، تفاوت ماهیت ارث و توارث، دلایل مهم و کافی بود که برای کشف ملاک حکم به آن اشاره و به تفصیل بررسی شد.

منابع

- ابن اثیر، مبارک‌بن محمد. النهاية فی غریب الحديث و الأثر. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۳۶۷ ش.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. ترجمه علی اکبر غفاری. تهران: صدوق. چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- اشتহারدی، علی پناه. مدارک العروة. تهران: دار الأسوة. چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بهبهانی، سید علی. الفوائد العلیّة-القواعد الکلیّة. اهواز: کتابخانه دار العلم. چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- بهجت، محمد تقی. مباحث الأصول. قم: چاپ اول، ۱۳۸۸.
- جمعی از پژوهشگران. موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام. زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- حلّی، جعفر بن حسن. المختصر النافع فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسة المطبوعات الدینیة. چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.

- خمینی، روح‌الله. تحریر الوسيلة. ترجمه‌ی علی اسلامی. قم: مؤسسه‌ی النشر الإسلامی. چاپ بیست‌ویکم. ۱۴۲۵ق.
- خوانساری، احمد بن یوسف. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: مدینه‌ی العلم. چاپ بیست‌وهشتم، ۱۴۱۰ق.
- روحانی، صادق. فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتب، مدرسه‌ی امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر. نظام الارث فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- سبزواری، عبدالأعلى. مذهب الأحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: المنار. چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز. المراسم العلویة و الأحکام النبویة. قم: منشورات الحرمین. چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- شعرانی، ابوالحسن. تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: اسلامیة. ۱۴۱۹ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. حاشیه کلانتر. قم: چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. لبنان: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمد. ما وراء الفقه. بیروت: دار الأنواء. چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی قمی، تقی. الأنوار البهیة فی القواعد الفقهیة. قم: محلاتی. چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: آل‌البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- طوسی، خواجه نصیرالدین. جواهر الفرائض در ارث. قم: مؤسسه‌ی دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام. چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی. چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: مؤسسه‌ی النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: مؤسسه‌ی النشر الإسلامی. چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. به تحقیق و تصحیح سیدحسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهااردی، عبدالرحیم بروجردی. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۳۸۷ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الإسلامیة. چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفكر. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- مفید، محمد بن محمد. المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره). چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.

نائینی، محمدحسین، ضیاء الدین عراقی، علیکزازی. الرسائل الفقهية. به تقریر نجم آبادی. قم: مؤسسة معارف اسلامی امام رضا(ع). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: بی نا. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

Transliterated Bibliography

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Mukhtalif al-Shī’a fi al-Aḥkām al-Sharī’a*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum. 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā’id al-Aḥkām fi Ma’rifa al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Bahbahānī, Sayyid ‘Alī. *al-Fawā’id al-‘Alīya-al-Qawā’id al-Kuliya*. Ahvāz: Kitābkhānah-yi Dār al-‘Ilm. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.

Bahjat, Muḥammad Taqī. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Qum: Chāp-i Awwal, 1968/1388.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā’id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan. *Īdāḥ al-Fawā’id fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawā’id*. researched and Edited by Sayyid Ḥusayn Mūsawī Kirmānī, ‘Alī Panāh Ishtihārdī, ‘Abd al-Raḥīm Burūjjirdī. Qum: Ismā‘iliyān. Chāp-i Awwal, 1967/1387.

Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī’a fi Sharḥ Tahrīr al-Wasīla*. Qum: Markaz-i Fiqh A’imah al-Aṭḥār(AS). Chāp-i Awwal, 2001/1421.

Ḥillī. Ja’far ibn Ḥasan. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi’ fi Fiqh al-Imāmiya*. Qum: Mū’assisa al-Maṭbū’āt al-Dīniya. Chāp-i Shishum, 1997/1418.

Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī’a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Ḥusaynī ‘Āmulī, Javād ibn Muḥammad. *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā’id ‘Allāma*. Beirut: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Ibn Athīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Niḥāya fi Gharīb al-Ḥadīth*. Qum: Ismā‘iliyān, Chāp-i Chāhārum, 1989/1367.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Translated by ‘Alī Akbar Ghafārī.

Tehran: Şadūq. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Ibn Fahd Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Muḥadhdhab al-Bārī‘ fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1987/1407.

Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā‘ir al-Ḥawī li-Tahrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 1990/1410.

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Sivum, 1994/1414.

Ishtihārdī, ‘Alī Panāh. *Madārik al-Urwa*. Tehran: Dār al-Uswah. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Jam‘ī az Pazhūhishgarān. *Mawsū‘at al-Fiqh al-Islāmī Tibqa li-Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS)*. zīr naẓar Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī. Qum: Mū‘assisa Dāyira al-Ma‘ārif Fiqh-i Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād. *Tāj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabiya*. Beirut: Dār al-‘Ilm, Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Madīnah al-‘Ilm. Chāp-i Bist va Hashtum, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahrīr al-Wasilah*. Translated by ‘Alī Islāmī. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Bist va Yik. 2004/1425.

Khuwānsārī, Aḥmad ibn Yūsuf. *Jāmi‘ al-Madārik fi Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qum: Ismā‘īliyan. Chāp-i Duwwum, 1985/1405.

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Ma‘ārat al-Uṣūl fi Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. Chāp-i Duwwum, 1984/1404.

Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Muqnī‘a*. Qum: Kungirah-yi Jahānī Hizāriḥ Shaykh Mufid, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qum: Mū‘assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Awwal, 1983/1403.

Murtaḍā Zabidī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-‘Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Beirut: Dār al-Fikr. Chāp-i Awwal, 1993/1414.

Nā‘īnī, Muḥammad Ḥusayn, *Ẓiyā‘ al-Dīn ‘Irāqī, al-Rasā‘il al-Fiqhiya*. Muqarr Najmābādī. Qum: Mū‘assisah-yi Ma‘ārif Islāmī Imām Riḍā(AS). Chāp-i Awwal, 2000/1421.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mustanad al-Shi‘a fi al-Aḥkām al-Shari‘a*. Qum: s.n. Chāp-i Awwal,

1995/1415.

Rūḥānī, Ṣādiq. *Fiqh al-Ṣādiq(AS)*. Qum: Dār al-Kitāb, Madrisah-yi Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Sabzawārī, ‘Abd al-A‘lā. *Muhadhdhab al-Aḥkām fi Bayān Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: al-Minār. Chāp-i Chāhārum, 1993/1413.

Ṣadr, Muḥammad. *Māwarā’ al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Aḍwā’. Chāp-i Awwal, 1999/1420.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy’ al-Islām*. Lubnān: Dār Ihya’ al-Tūrāth al-‘Arabī. Chāp-i Haftum, 1984/1404.

Salār Daylamī, Ḥamazat ibn ‘Abd ‘Azīz. *Al-Marāsīm al-‘Alwiyya wa al-Aḥkām al-Nabawiyya*. Qum: Manshūrāt al-Ḥaramīn. Chāp-i Awwal, 1984/1404.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Baḥiyya fi Sharḥ al-Lum’a al-Dimashqiyya*. Ḥāshiyah-yi Kalāntar Qum. Chāp-i Awwal, 1990/1410.

Sha‘rānī, Abū al-Ḥasan. *Tabṣira al-Muta‘allimin fi Aḥkām al-Dīn*. Tehran: Islāmiyya. 1998/1419.

Subḥānī Tabrizī, Ja‘far. *Nizām al-Irth fi al-Sharī‘a al-Islāmiyya al-Gharra’*. Qum: Imām Ṣādiq (AS). Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *al-Anwār al-Baḥiyya fi al-Qawā’id al-Fiqhiyya*. Qum: Maḥalātī. Chāp-i Awwal, 2002/1423.

Ṭabāṭabāyī Karbalāyī, ‘Alī ibn Muḥammad ‘Alī. *Riyāḍ al-Masā’il fi Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalā’il*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1997/1418.

Ṭūsī, Khwājah Naṣīr al-Dīn. *Jawāhir al-Farā’iz dar Irs*. Qum: Mū’assisah-yi Dāyira al-Ma‘ārif-i Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl-i Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 2005/1426.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Nihāya fi Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī. Chāp-i Duwwum. 1980/1400.



The Impact of Alzheimer's Disease on the Obligation and Validity of Prayer

Dr. Soheila Rostami  (Corresponding author)

Associate Professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.

Email: s.rostami@uok.ac.ir

Dr. Wrya Hafidi, Associate professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.

Abstract

Alzheimer's is one of the progressive and irreversible brain disorders common in adulthood, caused by the buildup of harmful chemical compounds in the structure of brain cells. This condition leads to disruption in the transmission of signals between neurons and affects the functions of first short-term, and then long-term memory, subsequently impacting various aspects of the patient's personal and social life and gradually reducing their mental and physical capacity. Despite the prevalence and increasingly widespread nature of Alzheimer's, scholarship on how it affects the religious obligations of those diagnosed remain limited. The present study, using a descriptive-analytical method, and based on library research, investigates the jurisprudential implications of Alzheimer's on the obligation, validity, and performance of daily prayers across different Islamic schools (*mazāhib-i islāmi*). After examining the seven stages of Alzheimer's, the study concludes that from the fifth stage onward, the patient neither has the power (will, knowledge, and awareness), nor the wisdom to do so. At this point, the individual is nearing a vegetative state and depends on others for basic daily tasks. Therefore, he/she is no longer considered to have legal accomplishment qualification to perform acts of worship, and as a result is no longer subject to religious obligations (*hukm-i taklifi*).

Keywords: Alzheimer's, Performance, Validity, Daily Prayer, Obligation





HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴، ص ۱۶۹ - ۱۳۹
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۰۱
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.85488.1694	نوع مقاله: پژوهشی

تأثیر بیماری آلزایمر بر وجوب و صحت نماز

دکتر سهیلا رستمی (نویسنده مسئول) 

دانشیار گروه فقه شافعی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

Email: s.rostami@uok.ac.ir

دکتر وریا حفیدی

دانشیار گروه فقه شافعی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

چکیده

آلزایمر از بیمارهای مغزی غیرقابل برگشت و شایع دوران بزرگسالی است که به علت رسوب ترکیبات شیمیایی آسیب‌زا در ساختار سلول‌های مغزی پدید آمده و سبب اختلال در انتقال پیام‌های عصبی بین سلول‌ها و کارایی حافظه کوتاه‌مدت و سپس بلندمدت شده و بر ابعاد مختلف زندگی فردی و اجتماعی بیمار تأثیر گذاشته و توانایی ذهنی و جسمی وی را به مرور کاهش می‌دهد. با وجود شیوع، گستردگی و روند روبه‌رشد این بیماری، پژوهش‌های فقهی محدودی درباره تأثیر آلزایمر بر احکام و تکالیف شرعی افراد مبتلا به این بیماری انجام شده است. در این پژوهش که براساس روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای صورت گرفته است، به بررسی و تحلیل فقهی تأثیر بیماری آلزایمر بر وجوب، صحت و ادای نماز از دیدگاه مذاهب اسلامی پرداخته می‌شود. حاصل بررسی ادوار هفت‌گانه آلزایمر آن است که از مرحله پنجم بیماری به بعد، علاوه بر آنکه بیمار شرط قدرت یعنی اراده، علم و آگاهی‌اش را از دست می‌دهد، شرط عقل را نیز دارا نخواهد بود؛ چراکه وی به حیات نباتی نزدیک شده و برای انجام کارهای روزمره خود نیازمند یاری اطرافیان است، در این حالت بیمار علاوه بر آنکه اهلیت ادایش را از دست می‌دهد، به تبع، مخاطب حکم تکلیفی نیز نیست.

واژگان کلیدی: آلزایمر، ادا، صحت، نماز، وجوب.

مقدمه

آلزایمر از بیماری‌های شایع دوران بزرگسالی است که با وجود شیوع آن و گستردگی مطالعات فقهی- پزشکی، تاکنون به صورت خاص به تحلیل تأثیر این بیماری بر احکام و تکالیف شرعی پرداخته نشده است. این پژوهش به بیان احکام مربوط به شرایط و کیفیت نماز شخص مبتلا به آلزایمر می‌پردازد. نماز از جمله ارکان پنج‌گانه اسلام است که بیش از یکصد بار در آیات قرآنی تأکید شده و ترک آن در احادیث، نشانه کفر به شمار آمده است.^۱ براین اساس، از نگاه فقهی ترک نماز حتی در شرایط بیماری و مسافرت و جنگ نیز جایز نیست و نمازگزار در صورت عدم توانایی یا بیماری باید نماز را به صورت نشسته یا به پهلو بخواند و اگر تغییر حالت برای او سخت بود به ادای نماز با اشاره مبادرت ورزد. علاوه بر تأکید بر ادای نماز، اقامه آن به صورت جماعت در مسجد نیز جزو دستورات دینی است که افزون بر انسجام و تقویت پیوندهای اجتماعی، آثار روانی فراوانی برای انسان دارد.^۲

از اهداف اصلی عبادات، به ویژه نماز، تزکیه و تربیت نفس است؛ به همین دلیل در آیات قرآنی از خواندن نماز در حالت غفلت یا بدون علم به مضامین آن نهی شده است. برای رسیدن به این هدف باید شروط وجوب و صحت و ادای آن‌ها محقق شود. بنابراین در فقه اسلامی، عبادت بر افراد عاقل و بالغ واجب است و در صورت فقدان یکی از این دو شرط یا ابتلا به بیماری‌ای که عقل انسان را زایل یا مختل سازد، احکام متفاوتی برای این دسته از بیماران تشریع شده است. سؤال اصلی این پژوهش آن است که باتوجه به روند تدریجی تشدید بیماری آلزایمر، حکم نماز خواندن شخص مبتلا به این بیماری به چه صورت خواهد بود؟ باتوجه به گستردگی این بیماری در میان جمعیت سالمندان و عدم وجود پاسخ دقیق علمی به این مسئله، ضرورت دارد به صورت جداگانه و با استفاده از دستاوردهای علم پزشکی به تحلیل فقهی این سؤال پرداخته شود.

احکام نماز مفصل و خارج از حوصله و حجم یک مقاله است؛ لذا این نوشتار براساس روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی به بررسی تأثیر بیماری آلزایمر در سه حوزه وجوب و صحت و ادای نماز براساس مذاهب اسلامی می‌پردازد.

پژوهش‌های متعددی درباره آلزایمر صورت گرفته است که به چند مورد از آن‌ها اشاره می‌شود: «بیماری آلزایمر: مرور روایتی بر نشانه‌های بالینی، تغییرات مولکولی، روش‌های فیزیکی و بیوفیزیکی مؤثر

۱. ترمذی، السنن، ۱۳/۵.

2. Rostami & hafidi, "The effect of prayer", 5-14.

در بهبود آن»، پرستو اکبرآبادی و پونه سادات پورحسینی، مجله شفای خاتم، دوره ۱۱، شماره ۱، ۱۴۰۱؛ «دمانس آلزایمر: جنبه‌های زیستی و عصب روان‌شناختی»، فرشته دادفر و همکاران، بیمارستان فوق تخصصی خاتم‌الانبیا، ۱۳۹۳؛ «احکام افراد مبتلا به بیماری آلزایمر در حوزه حقوق تجارت»، زهرا سادات میرهاشمی و بهاره اسودی رازلیقی، مجله حقوق پزشکی، دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۱۶، شماره ۵۷، ۱۴۰۱؛ «بررسی حقوقی اشخاص مبتلا به آلزایمر»، بهزاد عزیزی گیگل، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۵؛ «احکام عبادی، مدنی و جزایی افراد مبتلا به بیماری آلزایمر»، بهاره اسودی رازلیقی، دانشگاه الزهراء، ۱۳۹۷.

پژوهش‌های مذکور همان‌طور که ملاحظه می‌شود بیشتر به مباحث پزشکی مربوط به آلزایمر پرداخته‌اند و در پنجمین مورد نیز به‌صورت کلی احکام مربوط به عبادات اشخاص مبتلا به آلزایمر مطرح شده و علاوه بر آن، مباحث عبادات مربوط به اهل سنت نیز بیان نشده است. برای تحلیل بهتر موضوع ابتدا به مفهوم‌شناسی آلزایمر، تاریخچه و انواع آن اشاره می‌کنیم و سپس به تحلیل آرای فقهی مذاهب اسلامی درباره تأثیر این بیماری بر شرایط وجوب، صحت و کیفیت ادای نماز شخص مبتلا به آلزایمر می‌پردازیم.

۱. مفهوم‌شناسی آلزایمر

آلزایمر یک بیماری مغزی برگشت‌نیافتنی است که معمولاً بعد از دوران میان‌سالی، حافظه و قوای عقلی را مختل می‌کند و علت آن، رسوب ترکیبات شیمیایی آسیب‌زا در ساختار سلول‌های مغزی است که انتقال پیام‌های عصبی بین سلول‌ها را دچار اختلال می‌کند و سبب اختلال در یادگیری و یادآوری می‌شود. بیمار در این بیماری به تدریج دچار افسردگی، از دست دادن قدرت تکلم و تشخیص و مشکلات مزمن، از جمله مشکلات تنفسی می‌شود. دوره بیماری آلزایمر معمولاً بین پنج تا بیست سال طول می‌کشد که این روند با توجه به شرایط فردی و درمانی افراد متفاوت است.^۳ حتی به دلیل عدم آشنایی با علائم این بیماری غالباً رفتارهای ناهنجار افراد مبتلا به آلزایمر، بیماری روانی تلقی شده است.^۴

انجمن پزشکی آمریکا در سال ۲۰۰۰م انواع اختلالات عصبی را که در اصطلاح به آن دمانس گفته می‌شود، در هفده دسته^۵ طبقه‌بندی کرده است. دمانس یا زوال عقل، اصطلاحی عمومی است که برای توصیف نشانه‌ها و علائم گروه بزرگی از اختلالات روانی و بیماری‌هایی با ویژگی‌های مشترک افت پیش‌رونده عملکرد فردی، همچون کاهش توانمندی‌های حافظه، هوش، منطق، زبان، مهارت‌های

۳. روحانی، «آشنایی با فراموشی»، ۳۶؛ آلمن، آلزایمر، ۵؛ خواجه‌پور، «آلزایمر، پیری و...»، ۲؛ فروغان، «بیماری آلزایمر، ۱۷ تا ۱۸؛ ارجمند، صمدانی‌فر، بیماری آلزایمر، ۱۴.

۴. ارجمند، صمدانی‌فر، بیماری آلزایمر، ۱۴.

۵. نیک‌خو، متن تجدیدنظر شده راهنمای تشخیص و آمار اختلال‌های روانی.

اجتماعی و واکنش‌های عاطفی به کار می‌رود.^۶ انواع دمانس عبارت‌اند از: دمانس عروقی، بیماری پارکینسون، دمانس لویی بادی، دمانس تباهی پیشانی گیجگاهی، بیماری هانتینگتون، دمانس ناشی از زیاده‌روی در مصرف الکل و بیماری پیک مرتبط با دمانس؛ یعنی آلزایمر که شایع‌ترین نوع آن است و ۵۰ تا ۶۰ درصد بیماران مبتلا به دمانس را در بر می‌گیرد. امروزه در هر ۷۶ ثانیه یک نفر به آلزایمر مبتلا می‌شود و براساس پیش‌بینی‌ها تا سال ۲۰۵۰م در هر ۳۳ ثانیه یک نفر جدید به آلزایمر مبتلا می‌شود.^۷ طبق اطلاعات انجمن آلزایمر ایران آمار دقیقی از مبتلایان به این بیماری وجود ندارد، اما باتوجه‌به افزایش جمعیت سالمندی در ایران و ارتباط آلزایمر با بالا رفتن سن پیش‌بینی می‌شود ۸ تا ۱۲ درصد این جمعیت سالمند، گرفتار آلزایمر شوند.^۸

بیماری آلزایمر در سال ۱۹۰۶ توسط آلویس آلزایمر آلمانی شناسایی شد. وی پس از کالبدشکافی یکی از بیماران مبتلا به آلزایمر که به‌دلیل زوال عقل از دنیا رفته بود، متوجه از هم‌گسیختگی سلول‌ها و بافت‌های عصبی او شد و پس از بیست سال تحقیق، تعریفی علمی از این بیماری ارائه کرد و برای تقدیر از زحمات چندین ساله، این بیماری به اسم وی نام‌گذاری شد.^۹

علت اصلی بیماری آلزایمر هنوز کشف نشده است اما این بیماری در نتیجه اختلال در انتقال پیام الکتریکی نرون‌ها به‌دلیل کاهش مواد شیمیایی انتقال‌دهنده پیام بین نرون‌ها (نوروترانسمیتر) و در مرحله بعد، از بین رفتن نرون‌ها شروع می‌شود. باوجود ناشناخته‌بودن آلزایمر، ویژگی‌هایی از عوامل تأثیرگذار بر ابتلای به این بیماری هستند، از جمله: جنسیت، شیوه زندگی، محیط اطراف، ضربه به سر، هورمون‌درمانی،^{۱۰} سن، جهش‌های ژنی، عوامل ژنتیکی و سابقه فامیلی.^{۱۱}

۲. مراحل بیماری آلزایمر

باوجود ناشناخته‌بودن عوامل بیماری و اختلاف در تقسیم‌بندی مراحل بیماری آلزایمر، می‌توان سیر پیشرفت بیماری را در مراحل هفت‌گانه زیر خلاصه کرد:

أ. شروع بیماری بدون نشانه‌های بالینی: حافظه بیمار در این مرحله به‌صورت طبیعی به کارکرد خود

۶. فروغان، بیماری آلزایمر، ۱۷؛ Kaplan, Harold & Sadock, Benjamin Synopsis of Psychiatry, 328.

۷. Alzheimer's A. Alzheimer's disease facts and figures. Alzheimers Dement 2015; 11: 332.

۸. زالی و همکاران، اپیدمیولوژی و اتیولوژی بیماری آلزایمر، ۱۱۹-۱۲۷.

۹. COYLE, J. T., PRICE., & DELONG. M. R. Alzheimers disease, 219, 1184-1190.

۱۰. آلتمن، آلزایمر، ۱۹ تا ۲۰.

۱۱. فروغان، «بیماری آلزایمر»، ۴۵.

ادامه می‌دهد و بیمار یا اطرافیان تغییری در رفتار وی مشاهده نمی‌کنند؛ لذا غالباً بیماری در این مرحله تشخیص داده نمی‌شود.

ب. کاهش اندک قدرت یادآوری و یادگیری: در این مرحله، بیمار به صورت موردی در یادآوری واژگان، اسامی افراد و نزدیکان، جای اشیا و دیگر امور روزمره دچار اشکال می‌شود که به دلیل عادی بودن فراموشی امور جزئی در زندگی روزمره، فرد یا نزدیکان وی متوجه بیماری نمی‌شوند. به دلیل اندک بودن تغییرات نورن‌ها در مغز، این مرحله با آزمایش‌ها و معاینات پزشکی هم تشخیص‌دانی نیست.

ج. ازدست‌دادن جزئی شناخت: در این مرحله، آلزایمر غالباً تشخیص‌دانی است. به دلیل آسیب حافظه کوتاه مدت، فرد در یادآوری اسامی و اشیا، افراد در زندگی روزانه یا امور محوله دچار مشکل و اطرافیان نیز به تدریج متوجه این تغییرات می‌شوند و با آزمایش‌های بالینی و معاینه پزشکی تشخیص‌دانی است. افراد در این مرحله به دلیل اضطراب غالباً سعی در انکار تغییرات دارند. شایع‌ترین نشانه‌های ابتلا به آلزایمر در این دوره عبارت‌اند از: اختلال در انتخاب واژگان، فراموشی اسامی اعضای خانواده و دوستان، فراموشی اسامی افراد جدید، فراموشی متون کوچک پس از زمان اندک، اختلال در انجام کارهای روزمره، جابه‌جا کردن اشیا و فراموشی آن‌ها، ناتوانی در برنامه‌ریزی و سازمان‌دهی آن‌ها.^{۱۲}

د. ازدست‌دادن نسبی شناخت (مرحله اول بیماری): در این مرحله، حافظه بلندمدت بیمار دچار اختلال می‌شود و در انجام کارهایی همچون رانندگی، خرید، یادداشت‌برداری و سایر کارهایی که مدت طولانی انجام داده است، دچار مشکل می‌شود و اطرافیان یا پزشک متوجه مشکلات رفتاری بیمار می‌شود که بارزترین نشانه‌های آن عبارت‌اند از: کاهش آگاهی راجع به موقعیت‌های اخیر، کاهش عملکرد ذهن در انجام محاسبات ریاضی معمولی، کاهش قدرت تحلیل‌های روزمره همچون خرید و انجام امور مالی، اختلال در یادآوری خاطرات، اختلال در برقراری ارتباط و تمایل به انزوا.

ه. ازدست‌دادن شدید شناخت (مرحله دوم بیماری): در این مرحله، اختلال شدید حافظه و رفتاری مشاهده می‌شود و بیمار در بیشتر فعالیت‌های روزانه دچار مشکل می‌شود و بدون کمک دیگران توانایی کارهای روزمره را ندارد. بیمار در این دوره معمولاً در جزئیات امور شخصی خود همچون آدرس منزل، خاطرات گذشته، جزئیات زمان و مکان، انجام محاسبات ساده و ابتدایی ریاضی، انتخاب یا پوشیدن لباس و شبیه آن دچار مشکل و نیازمند همراهی و مراقبت دیگران است؛ با این وصف، در انجام امور شخصی خود همچون خوردن و آشامیدن و استفاده از سرویس بهداشتی نیاز به کمک دیگران ندارد و قادر

به انجام این امور است. همچنین در یادآوری اعضای نزدیک خانواده مشکل ندارد.

و. **از دست دادن شدید شناخت (مرحله سوم بیماری):** بیماری آلزایمر در این مرحله تاحدی پیشرفت می کند و فرد بدون کمک دیگران قادر به انجام فعالیت های روزمره نیست و مشکلات حافظه و رفتاری بیمار به صورت پیشرفته مشاهده شدنی است. در این مرحله، فرد آگاهی خود را جمع به وقایع و امور پیرامون را از دست می دهد و اطلاعات شخصی خود را نیز فراموش می کند و در یادآوری اسامی اعضای نزدیک خانواده دچار مشکل می شود و شمارش اعداد ساده را از دست می دهد. در این مرحله، بیمار برای انجام امور ساده شخصی نیز نیازمند کمک اطرافیان است و در مواردی افراد دچار بی اختیاری در کنترل ادرار و مدفوع می شوند. برخی بیماران در این مرحله نسبت به اطرافیان دچار سوءظن می شوند و به پرخاشگری یا انزوا تمایل پیدا می کنند. از نشانه های غالب این دوره از آلزایمر عبارت اند از: انجام کارهای تکراری، وسواس در زندگی، هذیان، ادعای شنیدن صداهای غیر واقعی، خروج غیرعادی از خانه و شبیه آن.

ز. **از دست دادن کلی شناخت (مرحله چهارم بیماری):** در پیشرفته ترین حالت بیماری، فرد غالباً در بستر بیماری است و قادر به صحبت کردن یا پاسخ گویی نیست و به مرور، توانایی حرکت و صحبت کردن را از دست می دهد و در صورت سخن گفتن، غالباً جملات نامفهوم و بی اراده بر زبان می آورد. در این مرحله، بیمار کاملاً نیازمند مراقبت و همراهی دیگران است و به دلیل بی اختیاری، در کارهایی همچون خوردن و آشامیدن و کارهای بهداشتی نیازمند کمک دیگران است و به مرور، قدرت کنترل عضلات را از دست می دهد و در حالت های پیشرفته دچار انقباض عضلانی و مشکل در خوردن یا آشامیدن نیز می شود. لازم به ذکر است که همه بیماران مراحل هفت گانه فوق را تجربه نکرده اند و دوره زمانی پیشرفت و شدت بیماری، تحت تأثیر عوامل متعددی است که هنوز در علم پزشکی شناخته نشده اند؛ از این رو در برخی موارد، بیماری در مراحل اولیه باقی می ماند و در مواردی نیز به سرعت پیشرفت و سالیان متوالی بیمار را درگیر می کند.^{۱۳}

۳. تأثیر آلزایمر بر وجوب نماز

همان طور که ذکر شد آلزایمر با ایجاد اختلال در کارایی حافظه کوتاه مدت و سپس بلند مدت، توانایی ذهنی و جسمی بیمار را به مرور کاهش می دهد و در زندگی فردی و اجتماعی شخص و نیز احکام مختلف، از جمله احکام عبادی که در رأس آن نماز است و انجام آن نیازمند خودآگاهی و تمرکز است، تأثیر می گذارد. از آنجاکه هدف از عبادت رشد و تهذیب نفس است؛ بنابراین فرد برای تحقق این هدف باید دارای

۱۳. ارجمند، صمدانی فر، بیماری آلزایمر، ۴۳ تا ۴۱؛ روحانی، «آشنایی با فراموشی»، ۳۹.

قدرت تفکر و تعقل و تحلیل باشد که از نظر فقهی و حقوقی به آن «اهلیت» گفته می‌شود. اهلیت به معنای صلاحیت و شایستگی است و به دو دسته تقسیم می‌شود: اهلیت وجوب و ادا. مبنای اهلیت وجوب، حیات و مبنای اهلیت ادا، عقل است که با وجود آن‌ها اهلیت، کامل است و اختلال یا ضعف آن‌ها موجب نقصان یا عدم اهلیت می‌شود. در دروان جنینی، اهلیت وجوب ناقص است و بعد از تولد تا زمان وفات، کامل است و اهلیت ادا با رسیدن به سن بلوغ به کمال می‌رسد. با این وصف، عواملی سبب اختلال در قدرت تشخیص عقل می‌شوند که بدان‌ها عوارض اهلیت گفته می‌شود و شامل دو دسته عوارض سماوی (جنون، عته، نسیان، خواب و اغما، مرض، مرگ) و عوارض اکتسابی (جهل، خطا، هزل، سفه، مستی و اکراه) است.^{۱۴}

براساس آنچه که در ادوار آلزایمر گفته شد، شخص مبتلا به این بیماری دارای اهلیت وجوب کامل است؛ چراکه اساس اهلیت وجوب را داراست اما از آنجاکه اساس اهلیت ادا، تمیز است؛ بنابراین کیفیت بیماری بر آن تأثیرگذار خواهد بود. سؤال اصلی پژوهش حاضر آن است که باتوجه به اختلال در قوه عاقله به دلیل پیشرفت بیماری آلزایمر و اختلاف حالات بیمار، احکام تکلیفی وی در ارتباط با نماز به چه صورت خواهد بود؟ در ادامه به آن می‌پردازیم.

۴. تأثیر آلزایمر بر صحت نماز

باتوجه به آنکه ادای فریضه نماز باید براساس شرایطی باشد تا از نگاه فقهی پذیرفتنی باشد؛ لذا در این قسمت به بیان کیفیت تأثیر آلزایمر بر صحت نماز می‌پردازیم.

۴. ۱. اشتباه در ترتیب ارکان و فرائض وضو

شخص مبتلا به آلزایمر به دلیل اختلال در حافظه ممکن است در ترتیب ارکان وضو که در آیه شش سورة مائده^{۱۵} بیان شده است دچار اشتباه شود. درباره صحت وضوی بیمار به دلیل فراموشی یا جابه‌جایی ارکان میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که با جمع‌بندی آرا می‌توان آن‌ها را در دو دسته کلی قرار داد:

أ. شافعیه،^{۱۶} امامیه^{۱۷} و قول مذهب حنابله^{۱۸} براساس آیه ۶ سورة مائده رعایت ترتیب را از ارکان وضو دانسته و با استناد به ظاهر آیه و تطبیق عملی پیامبر (ص) معتقد به وجوب رعایت ترتیب در اعمال وضو

۱۴. کاتوزیان، قانون مدنی، ماده ۹۵۶ تا ۹۵۹؛ زیدان، الوجیز، ۱۲۰ تا ۱۲۰.

۱۵. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ».

۱۶. نووی، المجموع، ۴۴۱/۱.

۱۷. علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۰۴/۲ تا ۱۰۶؛ صاحب‌جواهر، جواهر، ۵۸۰/۱.

۱۸. ابن‌قدامة، المغنی، ۱۰۱/۱.

بوده و به این دلایل استناد کرده‌اند: ۱. براساس ساختار زبان عربی چنانچه مواردی پشت سر هم ذکر و با حرف عطف به یکدیگر ربط داده شود، ترتیب مذکور رعایت می‌شود و برخلاف قاعده عمل نمی‌شود، مگر آنکه دلیل خاصی وجود داشته باشد؛^{۱۹} ۲. احادیث صحیح متعددی از صحابه درباره کیفیت وضوی پیامبر (ص) روایت شده است که همه آن‌ها مبین رعایت ترتیب در ارکان وضو - بدون ذکر حتی یک مورد خلاف - ازسوی ایشان است.^{۲۰}

ب. حنفیه،^{۲۱} مالکیه^{۲۲} و روایتی از حنابله^{۲۳} با استناد به این دلایل رعایت ترتیب در وضو را سنت می‌دانند: ۱. این گروه با استناد به آیه ۶ سوره مائده معتقدند: رعایت ترتیب در ارکان وضو واجب نیست؛ چراکه خداوند متعال در این آیه اعضا و ارکان وضو را با حرف واو عطف کرده است و براساس قاعده عرب حرف واو برای مطلق جمع به کار می‌رود و بنابراین مقتضی رعایت ترتیب نیست.^{۲۴}

در نقد این استدلال می‌توان گفت: منظور از آنکه حرف واو برای مطلق جمع است؛ یعنی اینکه واو نه مقتضی ترتیب است و نه عکس آن، بلکه حرف واو براساس وضع خود بر همه این موارد دلالت دارد و اینکه در هر جمله یا جایی برای کدام یک از معانی اش به کار رفته است از دلایل و قراین دیگر فهمیده می‌شود.^{۲۵} و در نتیجه، قرآینی که در میان اقوال گروه اول ذکر شد مبین آن است که در آیه ۶ سوره مائده واو عطف برای رعایت ترتیب است. ۲. استناد به حدیث عبدالله بن مسعود از پیامبر (ص) که گفته است: «من نسي مسح الرأس فذكر و هو يصلي، فوجد في لحيته بللاً فليأخذ منه و يمسح به فوجد في لحيته بللاً فليأخذ منه و يمسح به رأسه، فإن ذلك يجزئه، وإن لم يجد بللاً فليعد الوضوء و الصلاة.»^{۲۶} قائلان به وجوب رعایت ترتیب در وضو، استناد به آن را به دلیل ضعیف بودن حدیث، صحیح ندانسته‌اند.^{۲۷}

بنابراین، قول اول راجح به نظر می‌رسد و چنانچه شخص مبتلا به آلزایمر ترتیب در ارکان وضو را - به صورت جزئی یا کلی - فراموش کرد، درباره آن دو حالت وجود دارد: چنانچه شخص عضوی را قبل از عضوی دیگر شست و در اثنای وضو آن را به یاد آورد یا بلافاصله بعد از وضو قبل از آنکه اعضای وضو در

۱۹. عمرانی، البیان، ۱/۱۳۵.

۲۰. نووی، المجموع، ۱/۴۴۶.

۲۱. سرخسی، المبسوط، ۱/۵۵.

۲۲. خطاب، مواهب الجلیل، ۱/۲۵۰.

۲۳. مرداوی، الاضاف، ۱/۱۳۸.

۲۴. زیلعی، تبیین الحقائق، ۱/۶.

۲۵. ابن هشام، شرح شذور الذهب، ۵۷۷ تا ۵۷۸.

۲۶. طبرانی، معجم الأوسط، ۱۶/۳۶۴.

۲۷. ماوردی، الحاوی، ۱/۱۴۱.

هوا و به صورت عادی خشک شود آن را به یاد آورد، در این حالت تنها به شستن اعضا از جایی که ترتیب آن به هم خورده است ادامه می دهد و نیازی به تجدیدوضو کامل نیست اما چنانچه بعد از خشک شدن اعضای وضو در هوا و به صورت عادی به یادش آمد، باید تجدیدوضو کند.

۴. ۲. عدم رعایت موالات در وضو

گاهی شخص مبتلا به آلزایمر به دلیل اختلال در حافظه، شستن یکی یا چند مورد از اعضای وضو را فراموش می کند و بعد از اتمام وضو به فراموشی خود علم پیدا می کند، در این حالت آیا براساس قول راجح عمل کند و از محلی که وضو را درست انجام نداده است دوباره شروع به وضوگرفتن یا تجدیدوضو کند؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید حکم موالات در وضو را بیان کنیم که فقها درباره آن چهار قول مختلف دارند:

اول. احناف،^{۲۸} قول جدید شافعی^{۲۹} و یک روایت از امام احمد^{۳۰} با استناد به دلایل زیر موالات در وضو را سنت می دانند:

أ. قائلان به سنت بودن موالات در وضو به ظاهر آیه ۶ سورة مائده استناد کرده و معتقدند: خداوند متعال در این آیه امر به غسل اعضای مذکور در آیه کرده و امر هم مقتضی ایجاب و انجام مأموره است؛ چه به صورت متوالی و پشت سرهم و چه به صورت جداجدا و متفرق.^{۳۱}

در نقد این استدلال گفته شده است: براساس احادیث وارده، پیامبر (ص) کیفیت وضو را برای ما به تفصیل و به صورت عملی بیان کرده و ما را امر کرده است به همان صورت وضو بگیریم و طبق احادیث وارده، پیامبر (ص) توالی را در شستن اعضای وضو رعایت کرده اند.^{۳۲}

ب. دلیل دوم این گروه استناد به روایت مالک از نافع است که ابن عمر در بازار، بول (قضای حاجت) کرد، سپس صورت و دستانش را شست، بعد سرش را مسح کرد و وارد مسجد شد. در این هنگام از وی خواسته شد که بر جنازه ای که آنجا بود نماز بخواند. ابن عمر که خف پوشیده بود، آن را مسح و شروع به خواندن نماز جنازه کرد.^{۳۳} براساس این روایت ابن عمر به شهادت افرادی که در کنار جنازه میت حاضر بوده اند، فاصله زیادی بین مسح خف تا شستن اعضایش بوده است اما کسی از آن حاضران بر عمل وی

۲۸. زیلعی، تبیین الحقائق، ۶/۱.

۲۹. ماوردی، الحاوی، ۱۳۷/۱.

۳۰. مرداوی، الاضاف، ۱۴۰/۱.

۳۱. عمرانی، البیان، ۱۷۳/۱؛ سرخسی، المبسوط، ۵۶/۱.

۳۲. ابن قدامة، المغنی، ۱۰۲/۱.

۳۳. بیهقی، السنن، ۱۳۶/۱.

ایراد نگرفته است و همین امر، بر جواز این کار دلالت دارد.^{۳۴}

در باره استناد به حدیث فوق می توان گفت: به دلیل وجود احتمال های مختلف در تفسیر حدیث نمی توان آن را دلیل قطعی دانست؛ چراکه در باره وجود فاصله بین شستن اعضای وضو از سوی ابن عمر و عدم رعایت موالات چند احتمال وجود دارد: شاید آن را فراموش کرده باشد یا اینکه مسجد نزدیک بوده و وی مشکلی داشته و نمی توانسته است خم شود یا بنشیند و مسح را انجام دهد یا اینکه به اندازه کافی آب به همراه نداشته است و با وجود تمام این احتمالات، این کار نمی تواند دلیلی برای سنت بودن موالات و عدم وجوب آن باشد. افزون بر این ها، انجام چنین موردی از سایر صحابه ذکر نشده و همچنین برای بار دوم خود ابن عمر نیز این فعل را انجام نداده و فتوایی هم در این خصوص از وی ذکر نشده است.^{۳۵}

دوم. امامیه^{۳۶} و قول مذهب حنابله^{۳۷} با استناد به دلایل زیر موالات را در وضو به صورت مطلق واجب دانسته اند:

أ. این گروه معتقدند: آیه ۶ سورة مائده از دو جهت بر وجوب موالات دلالت دارد: نخست آنکه، در آیه مذکور ابتدا امر به قیام کرده و قیام در انجام وضو شرط است و بعد از آن امر به غسل اعضا کرده که در واقع جواب شرط است و زمانی که شرط موجود باشد، واجب است که جواب آن به تأخیر نیفتد.^{۳۸} علاوه بر این، پیامبر (ص) کیفیت وضوی وارده در آیه را به تفصیل و به صورت عملی بیان و به آن امر کرده اند و ایشان همیشه به صورت متوالی وضو می گرفتند و شخصی که موالات را رعایت نکرده بود، امر به اعاده وضو کرده اند.^{۳۹}

ب. پیامبر (ص) مردی را در حال نماز دیدند که در پشت پایش قسمتی به اندازه برگ خشک در زمان وضو شسته نشده بود. به وی امر کرد وضو و به تبع آن، نمازش را اعاده کند.^{۴۰} این گروه امر پیامبر (ص) را حمل بر وجوب موالات کرده اند.^{۴۱}

مخالفان، روایت اخیر را صحیح ندانسته و معتقدند: این روایت از دو جهت استنادش دنی نیست: ۱. وجود «بقیه» در سلسله سند حدیث که شخص قوی ای نیست و علاوه بر آن، صحابی ای که از وی روایت

۳۴. ماوردی، الحاوی، ۱/۱۳۷.

۳۵. زرقانی، شرح الزرقانی، ۱/۱۷۴؛ ابن عبدالبر، الکافی، ۱/۲۲۳.

۳۶. صاحب جواهر، جواهر، ۱/۵۸۶ تا ۵۹۰.

۳۷. مرداوی، الاضاف، ۱/۱۳۹.

۳۸. ابن مفلح، المبدع، ۱/۹۳؛ صاحب جواهر، جواهر، ۱/۵۸۶ تا ۵۹۰؛ قزافی، الذخیره، ۱/۲۷۱.

۳۹. ابن قدامه، المغنی، ۱/۱۰۲.

۴۰. ابوداود، السنن، ۱/۱۲۷؛ ابن حنبل، مسند، ۳/۶.

۴۱. ابن قدامه، المغنی، ۱/۱۰۲.

شده، مجهول است.^{۴۲} قائلان به وجوب موالات در پاسخ به ایرادهای مطرح شده گفته‌اند: این ایرادها نمی‌تواند دلیل کافی برای تضعیف حدیث باشد؛ زیرا اولاً «بقیه» فردی ثقه و صدوق و حافظ است و دلیل تدلیس وی به سبب روایت زیاد از افراد ضعیف و مجهول است و در این حدیث آن‌چنان که در مسند امام احمد آمده به سماع وی تصریح شده است؛ ثانیاً مجهول بودن صحابی سبب قلدح در حدیث نمی‌شود؛ چراکه عدالت صحابه امری ثابت شده است؛^{۴۳} ثالثاً به فرض پذیرش صحت حدیث، امر موجود در آن برای استحباب است؛ زیرا از عمر بن خطاب قولی روایت شده است که این مسئله را تأیید می‌کند.^{۴۴} قائلان به وجوب موالات در پاسخ به این نقد گفته‌اند: اولاً در سلسله روایت وارده از عمر بن خطاب، حجاج بن اریطه است که فردی مدلس و معنعن و مشهور به تدلیس از ضعف است؛ ثانیاً در روایتی دیگر، از عمر بن خطاب آمده است که وی آن شخص را امر به اعاده وضو کرد.^{۴۵}

ج. از عمر بن خطاب روایت شده که مردی وضو گرفته بود اما به اندازه یک ناخن از پایش را نشسته بود، پیامبر (ص) او را به تجدید وضو امر کردند. قائلان به وجوب می‌گویند: براساس این حدیث، پیامبر (ص) به آن مرد فرمودند: «ارجع فأحسن وضوءك» و نفرمودند فقط موضع شسته نشده را بشو.^{۴۶}

در نقد استدلال به این حدیث می‌توان گفت: اینکه پیامبر (ص) فرمودند: «احسن وضوءك» محتمل دو مورد است؛ هم تکمیل وضو و هم استئناف و اعاده وضو و حمل آن بر یکی از این معانی، مقدم بر دیگری نیست.^{۴۷} مخالفان در جواب گفته‌اند: هر چند که «احسن وضوءك» محتمل هر دو معنای مذکور هست؛ اما حمل آن بر معنای استئناف و اعاده اولی‌تر است؛ زیرا در حدیث قبلی، به صراحت اعاده ذکر شده و حدیث قبلی نیز مبین این است.^{۴۸}

سوم. مالکیه معتقدند: موالات واجب است، البته به شرط اینکه شخص آن را به یاد بیاورد و توانایی تجدید وضو را داشته باشد.^{۴۹}

چهارم. یک قول دیگر از حنابله و قول مختار ابن تیمیه بر آن است که موالات واجب است اما به شرط

۴۲. نووی، المجموع، ۴۵۵/۱؛ ابن حزم، المحلی، ۳۱۴/۱.

۴۳. ابن قیم، تهذیب السنن، ۲۰۴/۱.

۴۴. ابن ابی شیبہ، المصنف، ۳۷۶/۱.

۴۵. ابن ابی شیبہ، المصنف، ۳۷۷/۱.

۴۶. قشیری نیشابوری، صحیح مسلم، ۲۱۵/۱.

۴۷. بدرالعینی، شرح ابی داود، ۴۰۴/۱.

۴۸. بدرالعینی، شرح ابی داود، ۴۰۴/۱.

۴۹. خطاب، مواهب الجلیل، ۲۲۳/۱؛ دسوقی، حاشیه، ۱۴۶/۱.

توانایی انجام آن، نه به یاد آوردن آن.^{۵۰}

قائلان به قول سوم و چهارم برای اثبات وجوب موالات در وضو به همان دلایل قائلان به قول دوم استناد کرده اما برای اسقاط وجوب موالات شخص عاجز به این دلایل استناد کرده‌اند: اولاً آیه ۱۶ سوره تغابن که می‌فرماید: «فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» این گروه معتقدند در این آیه به رعایت تقوا به اندازه استطاعت دستور داده شده و رعایت موالات در وضو از مصادیق تقواست؛ باین وصف که چون شخص بیمار و عاجز امکان رعایت موالات در وضو را ندارند، لذا در خصوص این اشخاص موالات واجب نیست؛ ثانیاً حدیث پیامبر (ص) که می‌فرماید: «وَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»^{۵۱} این گروه گفته‌اند: کسی که موالات را به دلیل عذری ترک می‌کند، به اندازه‌ای که در توان دارد تقوای الهی را رعایت کرده و انجام امور به قدر استطاعت چیزی است که در شرع از وی خواسته شده و به آن امر شده است.^{۵۲}

مالکیه به دلیل ضعف دلایل وجوب و تعارض آن با سایر ادله معتقدند: وجوب موالات برای شخص ناسی ساقط می‌شود. بنابراین اسقاط وجوب به دلیل نسیان، دلیل قوی‌تری است و این ترجیح داده می‌شود.^{۵۳}

بنابراین دیدگاه مالکیه به دو دلیل پذیرفتنی نیست: نخست آنکه، ادله معتقدان به سنت بودن موالات از نظر قوت مقایسه‌شدنی با ادله قائلان به وجوب نیست؛ دوم آنکه، شخصی که پیامبر (ص) او را امر به اعاده وضو کرد احتمال دارد که جاهل یا ناسی بوده باشد، بنابراین حکم به اعاده وضو شامل هر دوی آن‌ها می‌شود، البته به شرط اینکه عذری وجود نداشته باشد.^{۵۴}

بعد از بررسی اقوال فقها می‌توان گفت: اعتقاد به وجوب موالات در صورت توانایی انجام آن راجح است و اگر فرد در ترتیب ارکان وضو یا شستن یکی از اعضا دچار فراموشی شد و پس از اتمام و خشک شدن اعضای وضو از آن مطلع شد، باید وضو را تجدید کند و با توجه به اینکه جهل و فراموشی نیز سبب پذیرش عدم مراعات موالات در وضو نیستند، آلزایمر نیز مسقط این امر نخواهد بود.

۳. ۴. خواندن نماز قبل از فرارسیدن وقت آن

براساس آیه «إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا»^{۵۵} همه مذاهب اسلامی بر لزوم خواندن نماز

۵۰. مرداوی، الاضاف، ۱/ ۱۴۰.

۵۱. بخاری، صحیح، ۹/ ۹۴.

۵۲. ابن تیمیه، مجموع الفتاوی، ۱۳۷/۲۱؛ زرکشی، شرح الزرکشی، ۲۰۲/۱.

۵۳. قرافی، الذخیره، ۱۳۴/۴؛ خطاب، مواهب الجلیل، ۱/ ۲۲۴.

۵۴. ابن تیمیه، شرح عمدة الفقه، ۲۰۹/۱.

۵۵. نساء: ۱۰۳.

در زمان مشخص اتفاق نظر دارند و معتقدند: قبل از فرارسیدن زمان آن، خواندن نماز صحیح و مجزی نخواهد بود^{۵۶} و از آنجاکه شرط در زیرمجموعه احکام وضعی است و در احکام وضعی، علم و قدرت مکلف برای انجام فعل همانند احکام تکلیفی شرط نیست؛ بنابراین جهل و نسیان و فراموشی در انجام یا عدم انجام آن تأثیری ندارد و در نتیجه، چنانچه شخصی نماز فرضی را قبل از فرارسیدن وقت آن بخواند، نمازش به اتفاق مذاهب باطل است حتی اگر جاهل یا ناسی باشد.^{۵۷} بنابراین چنانچه شخص مبتلا به آلزایمر نماز واجبی را قبل از دخول وقت آن بخواند، به اتفاق مذاهب نماز وی باطل است و باید آن را اعاده کند.

۴. ۴. خواندن نماز باوجود نجاست

از دیگر شرایط صحت نماز، طهارت از نجاست است. بنابراین اگر روی لباس یا بدن شخص مبتلا به آلزایمر نجاستی باشد اما پاک کردن نجاست را تا زمان فرارسیدن وقت نماز به تأخیر بیندازد، سپس به دلیل ضعف حافظه یا کبر سن فراموش کند و با همان وضعیت نمازش را بخواند و پس از اتمام نماز آن را به یاد بیاورد، آیا می توان در این حالت حکم به صحت نماز داد؟ برای پاسخ به این سؤال باید به بحث فقهی «من صلی بنجاست جاهلاً بها، أو ناسياً لها، و لم يعلم بها حتی فرغ من صلاته» در کتب فقهی مراجعه کرد. فقها درباره این مسئله سه قول بیان کرده اند:

أ. حنفیه،^{۵۸} شافعیه،^{۵۹} امامیه^{۶۰} و قول مذهب حنابله^{۶۱} بر آن است که باید نمازش را اعاده کند؛ زیرا ازاله نجاست شرط صحت نماز است و شرط هم در زیرمجموعه احکام وضعی است و در خطاب وضعی نیز علم و اراده مکلف شرط نیست و جهل و نسیان مکلف هم در آن تأثیری ندارد.^{۶۲} این استدلال از جهاتی نقدشدنی است: اولاً طهارت از حدث، مقدار کم آن درخور چشم پوشی نیست و مخصوص بدن است^{۶۳} اما نجاست خبث، از مقدار کم آن یا بعضی از آن در برخی از مذاهب چشم پوشی می شود.^{۶۴} همچنین نجاست خبث برخلاف نجاست از حدث فقط خاص بدن نیست و دایره شمول آن گسترده تر است

۵۶. ابن رشد، بداية المجتهد، ۱/۱۰۰؛ ابن رجب، فتح الباری، ۴/۱۹۰؛ شوکانی، نیل الاوطار، ۱/۳۷۴؛ شهید اول، ذکری الشیعه، ۱/۶۶.

۵۷. کاشانی، بدائع، ۱/۱۲۱؛ قزاقی، الفروق، ۱/۱۶۱؛ نووی، المجموع، ۴/۷۴؛ ابن قدامه، المغنی، ۲/۳۳۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱/۷۴۳.

۵۸. ابن نجیم، الاشباه، ۱/۲۶۰.

۵۹. نووی، المجموع، ۳/۱۵۶.

۶۰. ابن ادریس حلی، السرائر، ۱/۱۸۳.

۶۱. مرداوی، الاضاف، ۱/۴۸۶.

۶۲. ابن نجیم، الاشباه، ۱/۲۶۰؛ قزاقی، الفروق، ۱/۱۶۸؛ ابن حجر هیتمی، تحفه المحتاج، ۲/۱۳۳؛ ابن قدامه، المغنی، ۲/۴۹.

۶۳. ابن قدامه، المغنی، ۲/۴۹.

۶۴. سرخسی، المبسوط، ۱/۶۰؛ دسوقی، حاشیه، ۱/۷۱؛ عمرانی، البیان، ۲/۹۱ تا ۹۲؛ ابن مفلح، المبدع، ۱/۲۱۵.

و شامل لباس و مکان نماز نمازگزار هم می‌شود؛ ثانیاً طهارت از حدث در زیر مجموعه افعال مأمور به است و بنابراین براساس قول جمهور فقها برخلاف دیدگاه احناف نیت در آن شرط است، اما طهارت از خبث در زیر مجموعه افعال منهی عنه و از باب ترک فعل است و هدف از آن، اجتناب از خبائث و پلیدی‌هاست و بنابراین فعل شخص و قصد وی در آن شرط نیست و چنانچه نجاست موجود حتی به وسیله بارانی که از آسمان می‌بارد زایل شود، مقصود آن حاصل و در نتیجه، نجاست برطرف می‌شود.^{۶۵}

ب. امام مالک معتقد است که آن شخص نمازش را در وقتش استحباً اعاده می‌کند؛^{۶۶} با این استدلال که وی تکلیفی را که برعهده‌اش بوده و به آن امر شده، انجام داده است و کمال نماز، خواندن آن در وقت آن است، با قیاس بر حدیث «فَمَنْ صَلَّى وَحْدَهُ ثُمَّ أَذْرَكَ تِلْكَ الصَّلَاةَ فِي وَقْتِهَا فِي جَمَاعَةٍ أَنَّهُ يُعِيدُ مَعَهُمْ»^{۶۷} و حدیث «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فِي رَحْلِهِ ثُمَّ أَذْرَكَ الْإِمَامَ وَ لَمْ يُصَلِّ، فَلْيُصَلِّ مَعَهُ فَإِنَّهَا لَهُ نَافِلَةٌ»^{۶۸}

ج. روایتی از حنبله و قول صحیح اکثر متأخران حنبلی با استناد به دلایل زیر بر آن است که این شخص نمازش را اعاده نمی‌کند:^{۶۹}

اول. براساس حدیث «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنَّسِيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^{۷۰} چنانچه شخصی نماز بخواند و روی بدن یا لباس وی نجاستی باشد که بر اثر فراموشی یا جهل آن را پاک نکرده باشد و تا پایان نماز از آن آگاه نشود، نماز وی صحیح است؛ چراکه وی آن را فراموش کرده و در نتیجه، فراموشی سبب رفع تکلیف است.

در نقد استدلال به این حدیث گفته شده است: نسیان مذکور در حدیث، سبب رفع حکم اخروی افعال؛ یعنی گناه آن می‌شود اما حکم دنیوی آن را که فساد نماز باشد رفع نمی‌کند؛ یعنی بحث بر سر صحت نماز است نه اجزا.^{۷۱} در پاسخ می‌توان گفت: حمل معنای حدیث بر رفع تکلیف اخروی و نفی آثار دنیوی امری مسلّم و قطعی نیست و این مسئله‌ای مختلف‌فیه بین فقهاست و در حالی است که احادیث و دلایل زیادی درباره رفع تکلیف دنیوی از شخص ناسی در منهیاتی که جزو حق‌الله است بیان شده است؛ مانند کسی که در حال روزه چیزی می‌خورد. بنابراین شخصی هم که نماز می‌خواند و روی لباس یا بدنش

۶۵. ابن تیمیه، مجموع الفتاوی، ۴۷۷/۲۱.

۶۶. مواق، التاج و الاکلیل، ۱۸۸/۱؛ خطاب، مواهب الجلیل، ۱۳۱/۱.

۶۷. ابن عبدالبر، الکافی، ۱۹۹/۱ و ۲۴۰؛ قرطبی، الجامع الاحکام القرآن، ۸۰/۲.

۶۸. ابوداود، السنن، ۱۸۹/۲؛ ترمذی، السنن، ۴۲۴/۱.

۶۹. ابن قدامه، المغنی، ۵۰/۲؛ مرداوی، الانصاف، ۴۸۶/۱.

۷۰. ابن ماجه، السنن، ۶۵۹/۱.

۷۱. ابن عابدین، حاشیه، ۴۰۱/۲.

نجاستی وجود دارد و در خصوص آن ناآگاه است بر همین مسئله قیاس می‌شود؛ چراکه این هم از باب منهیات است.^{۷۲}

دوم. حدیث «أن رسول الله (ص) صلى فخلع نعليه، فخلع الناس نعالهم فلما انصرف، قال: لم خلعت نعالكم؟ فقالوا: يا رسول الله، رأيناك خلعت فخلعنا، قال: إن جبريل أتاني فأخبرني أن بهما خبثاً، فإذا جاء أحدكم المسجد، فليقلب نعله، فلينظر فيها، فإن رأى بها خبثاً فليمسسه بالأرض، ثم ليصل فيهما.»^{۷۳} براساس این حدیث، پیامبر (ص) زمانی که جبرئیل وی را از وجود نجاست روی کفش مبارکشان آگاه کردند، آن را از پای در آوردند و نمازشان را کامل کردند و آن را اعاده نکردند.

در نقد استناد به این حدیث گفته شده است: در حدیث به صراحت به کیفیت نجاست اشاره نشده و مشخص نشده است که نجاست مذکور، نجس غیرقابل چشم‌پوشی بوده است؛ زیرا حدیث، عام است و هم طاهر و هم معفونه را در بر می‌گیرد.^{۷۴} اما مخالفان، این نقد را نپذیرفته و معتقدند: تأویل و توضیح نجاست مذکور در حدیث به چیزهای آلوده یا کثیفی مانند مخاط یا چیزی مانند آن از اشیای پاک و طاهر یا نجاست‌های معفونها بنابر دلایل زیر صحیح نیست:

اولاً، خبث، اسم برای غائط است و قدر، حقیقتاً برای نجاست به کار می‌رود، بنابراین حمل خبث و معنادرین خبث به مستقذر غیرنجس یا نجاست معفونها، تحکم محض است و این امری باطل است.^{۷۵} ثانیاً، مستقذر غیرنجس یا نجاست معفونها، در زمان نماز امر به مسح آن نمی‌شود؛ چراکه این موارد سبب بطلان نماز نمی‌شود و حتی کراهت هم ندارد و این درحالی است که پیامبر (ص) نمازگزار را امر کرده است که اگر محلی برای تف کردن در مسجد وجود نداشت در لباسش تف کند. افزون بر این‌ها، صحابه در زمان پیامبر (ص) اگر خون کمی روی لباسشان بود، نمازشان را ادامه می‌دادند و آن را قطع نمی‌کردند.^{۷۶} ثالثاً، اگر نماز باوجود خبث صحیح بود، پیامبر (ص) کفش‌هایش را در نمی‌آورد؛ چراکه انجام این کار بیهوده بود و انجام کار بیهوده در نماز به شدت کراهت دارد، مخصوصاً زمانی که شخص در حال رکوع باشد؛ زیرا درآوردن کفش از پا در زمان رکوع سبب مشقت می‌شود.^{۷۷}

بنابراین بعد از بررسی آرا و دلایل مذکور به نظر می‌رسد قول معتقدان به عدم اعاده نماز صحیح باشد؛

۷۲. ابن تیمیه، شرح عمدة الفقه، ۴۲۲؛ شاطبی، الموافقات، ۵۱/۳؛ زركشي، بحر المحيط، ۲۱۱/۴.

۷۳. ابن حنبل، مسند، ۲۴۲/۱۷؛ ابوداود، السنن، ۶۵۹/۱.

۷۴. ابن حجر هيثمي، تحفه المحتاج، ۱۳۶/۲.

۷۵. مبارکفوری، مرعاة المفاتيح، ۴۸۲/۲.

۷۶. ابن تیمیه، شرح عمدة الفقه، ۴۲۰؛ ابن قیم، اغائة اللہقان، ۱۴۶/۱ تا ۱۴۷.

۷۷. ابن تیمیه، شرح عمدة الفقه، ۴۲۰.

چراکه تکلیف مریض به اعاده نماز سبب ایجاد حرج و مشقت است، مخصوصاً اگر وی مبتلاً به فراموشی نیز باشد و این در حالی است که خداوند متعال می‌فرماید: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» در نتیجه، چنانچه شخص مبتلاً به آلزایمر با لباس یا بدن یا مکان نجس نماز بخواند و آن را فراموش کرد یا اصلاً راجع به وجود آن آگاهی نداشت و بعد از اتمام نماز متوجه وجود نجاست شد، براساس قول راجح، نمازش نیاز به اعاده ندارد.

۴. ۵. خواندن نماز بدون ستر عورت

به اتفاق فقههای مذاهب، ستر عورت جزو فروض و از شرایط صحت نماز است^{۷۸} و چنانچه شخصی با علم به آن و توانایی پوشاندن خود، بدون ستر عورت نماز بخواند، اعاده نماز بر او واجب است اما چنانچه به سبب فراموشی، ستر عورت را در نماز انجام ندهد، دو قول درباره آن بیان شده است:

۱. جمهور فقههای حنفیه،^{۷۹} امامیه،^{۸۰} بعضی از مالکیه،^{۸۱} شافعیه،^{۸۲} حنابله^{۸۳} و بعضی از اصحاب امام مالک^{۸۴} معتقدند: اعاده نماز بر او واجب است و به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

أ. خداوند در آیه «يَا بَنِي آدَمُ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ»^{۸۵} به اخذ زینت در هنگام نماز امر کرده و یکی از مصادیق اخذ زینت در نماز نیز ستر عورت است و از آنجاکه از دیدگاه اصولیان «الأمر یفید الوجوب» است؛ بنابراین ستر عورت واجب است.^{۸۶}

ب. استناد به روایت سلمة بن الأكوع که از پیامبر (ص) پرسید: «إني رجل أصيد، أفأصلي في القميص الواحد؟ قال نعم وازره ولو بشوكة.»^{۸۷} این حدیث بیانگر آن است که پیامبر (ص) آن مرد را به محکم کردن دکمه‌های لباسش امر کرد، به دلیل اینکه مبدا هنگام رکوع و سجود عورتش آشکار شود، بنابراین بر وجوب ستر عورت دلالت می‌کند.^{۸۸}

۷۸. ابن عابدین، حاشیه، ۴۰۴/۱؛ خرنی، شرح مختصر التخلیل، ۲۴۵/۱؛ نووی، المجموع، ۱۶۷/۳؛ بهوتی، الروض المربع، ۷۲؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائدة، ۱۰۳ تا ۱۰۲/۲.

۷۹. ابن نجیم، البحر الرائق، ۲۸۳/۱.

۸۰. محقق اردبیلی، مجمع الفائدة، ۱۰۳ تا ۱۰۲/۲.

۸۱. خرنی، شرح مختصر التخلیل، ۲۴۵/۱.

۸۲. عمرانی، البیان، ۱۱۵/۲.

۸۳. ابن قدامة، المغنی، ۴۱۳/۱.

۸۴. دسوقی، حاشیه، ۲۱۲/۱.

۸۵. اعراف: ۳۱.

۸۶. ابن عربی، احکام القرآن، ۳۰۶/۲؛ ابن رجب، فتح الباری، ۳۳۴/۲؛ ابن عبدالبر، الکافی، ۱۹۶/۲؛ نووی، المجموع، ۱۹/۸؛ ابن مفلح، المبدع، ۳۱۷/۱.

۸۷. ابوداود، السنن، ۱۷۰/۱.

۸۸. ماوردی، الحواوی، ۱۶۶/۲.

۲. بعضی دیگر از اصحاب امام مالک معتقدند: اعاده نماز در صورت علم و قدرت بر انجام آن بر شخص واجب است. براساس این قول، چنانچه شخصی ستر عورت را در نماز فراموش کند نمازش صحیح است. همچنین با استناد به دلایل زیر می‌تواند نمازش را در وقتش نیز اعاده کند:

ا. ستر عورت قبل از شروع به نماز بدون نیت برای شخص جایز است و چنانچه ستر عورت واجب بود، انجام آن بدون نیت همانند طهارت برای نماز صحیح نبود؛ یعنی چون نیت لازم ندارد پس واجب نیست. در نقد این استدلال می‌توان گفت: استقبال قبله، که جزو اختصاصات نماز است، نیز بدون نیت جایز است، پس این نمی‌تواند دلیل درخور توجهی باشد.^{۸۹}

ب. چنانچه ستر عورت در نماز واجب بود حتماً بدلی برای آن در صورت عذر و عجز از انجام آن برایش قرار داده می‌شد؛ همانند زمان عجز از قیام و قرائت در نماز و چون جایگزینی ندارد، بنابراین واجب نیست.^{۹۰} در نقد این دلیل آمده: بالضرورة واجب نیست که همه فرائض نماز دارای جایگزین باشند؛ چراکه برای مثال قرائت برای فرادا واجب است اما در نماز جماعت به دلیل قرائت امام، از شخص ساقط می‌شود، نه اینکه جایگزین شود. همچنین شخص بی سواد که قرائت و تسبیح را خوب نمی‌داند، نمازش بدون بدل صحیح است.^{۹۱}

پس از بررسی آرا و دلایل مذکور می‌توان گفت: قول جمهور راجح است. پس اگر شخص مبتلا به آلزایمر نمازش را بدون ستر عورت به دلیل فراموشی خواند یا اینکه از کشف عورتش تا پایان نمازش آگاهی نداشت و بعد متوجه آن شد، براساس قول راجح باید نمازش را اعاده کند.

۴. ۶. خواندن نماز در جهتی غیر از قبله

استقبال قبله یکی دیگر از شرایط صحت نماز است و شخص مبتلا به آلزایمر گاهی وقت‌ها احتمال دارد به دلیل فراموشی جهت، پیری، زمین‌گیری و عدم توان حرکت برای چرخیدن به سمت قبله و عدم حضور اطرافیان و پرستار قادر به استقبال قبله نباشد و در نتیجه به همان حالتی که هست نمازش را بخواند، در این حالت آیا می‌توان حکم به صحت و عدم اعاده نماز داد؟ جواب این سؤال در کتب فقهی در این باب درخور بررسی است: «من صلی لغير القبلة ناسياً کان أو عاجزاً، فهل علیه إعادة الصلاة لا؟» مسئله مذکور دارای سه حالت زیر است:

ا. شخص مبتلا به آلزایمر نمازش را به دلیل فراموشی جهت قبله، در غیر جهت قبله بخواند و تا پایان

۸۹. ابن بطال، شرح صحیح البخاری، ۱/۱۷.

۹۰. ماوردی، الحاوی، ۲/۱۶۵ تا ۱۶۶.

۹۱. ابن بطال، شرح صحیح البخاری، ۱/۱۷.

نماز متوجه این خطا و اشتباه نشود. فقهای مذاهب اسلامی معتقدند: در این حالت اعاده نماز واجب است، با این استثناء که در مذهب مالکیه درباره اینکه آیا نمازش را در همان وقت اعاده کند یا در مطلق وقت، اختلاف نظر وجود دارد.^{۹۲} دلیل این گروه آن است که استقبال جهت قبله جزو شروط نماز است و شرط هم در زیر مجموعه احکام وضعی است و برخلاف احکام تکلیفی، در احکام وضعی علم و اراده مکلف شرط نیست.^{۹۳}

ب. شخص مبتلا به آلزایمر نمازش را به دلیل فراموشی جهت قبله، در غیر جهت قبله بخواند اما در بین نماز متوجه اشتباه خود شود، فقهای مذاهب اسلامی اتفاق نظر دارند که در این حالت باید نماز را اعاده کند،^{۹۴} به دلیل اینکه وی شرط استقبال قبله را به سبب فراموشی ترک کرده و شرط در زیر مجموعه احکام وضعی است و در احکام وضعی فعل و علم و اراده مکلف شرط نیست.

ج. شخص مبتلا به آلزایمر روی تخت نشسته یا دراز کشیده و یاریگری برای استقبال قبله ندارد؛ فقهای مذاهب اسلامی معتقدند در این حالت به سمت غیر قبله یا هر جهتی که توانایی دارد نماز بخواند. حال این سؤال مطرح می شود آیا در صورتی که نمازش را تمام کرد و شخصی هم که وی را به سمت قبله بچرخاند پیدا کرد (بود)، اعاده نماز بر او واجب است؟ فقها درباره این مسئله سه دیدگاه دارند؟

۱. حنفیه،^{۹۵} حنابله^{۹۶} و امامیه^{۹۷} معتقدند که اعاده نماز بر او واجب نیست و به دلایل زیر استناد کرده اند:

ا. براساس حدیث نبوی «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»، انجام کارهای مأموریه بستگی به قدرت و توانایی مکلف دارد و استقبال قبله برای نمازگزار نیز از جمله کارهای مأموریه است و اگر در توان وی باشد انجام آن واجب می شود، اما اگر قادر به انجام آن نبود از وی ساقط می شود و نمازش مجزی خواهد بود.

ب. استقبال قبله شرط جواز نماز است و قیام، قرائت، رکوع و سجود از ارکان نماز هستند؛ چنانچه شخص به دلیل بیماری و عذر قادر به انجام این ارکان در نماز نبود، اعاده نماز بر او واجب نیست، بنابراین با

۹۲. ابن عابدین، حاشیه، ۶۲۹/۱؛ دسوقی، حاشیه، ۲۲۸/۱؛ نووی، المجموع، ۲۳۶/۳؛ بهوتی، الروض المربع، ۱۰۴؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۲۹۵/۴؛ مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، ۱۴۶ تا ۱۴۵.

۹۳. قرافی، الفروق، ۱۶۸/۱.

۹۴. ابن عابدین، حاشیه، ۶۲۹/۱؛ دسوقی، حاشیه، ۲۲۸/۱؛ نووی، المجموع، ۲۳۶/۳؛ بهوتی، الروض المربع، ۱۰۴؛ طوسی، النهایه، ۶۴/۱.

۹۵. کاشانی، بدائع، ۱۰۷/۱.

۹۶. ابن قدامه، المغنی، ۳۲۶/۱.

۹۷. استفتانات دفتر مقام معظم رهبری، ۲۷.

قیاس بر این مسئله، اعاده نماز بر او واجب نیست.^{۹۸}

۲. مالکيه معتقدند نماز را در همان وقت خودش استحباً اعاده کند،^{۹۹} با استناد به دلایل مذکور در بحث اعاده نماز در غير وقت آن. همچنين گفته‌اند کسی که بر اثر فراموشی به جهتی غير قبله نماز بخواند و تا پایان نماز متوجه اشتباهش نشود، این شخص فرضی را که برعهده‌اش بوده است آن‌چنان که از وی خواسته شده انجام داده است؛ هرچند که نماز کامل آن است که در وقتش انجام شود و در این زمینه به این حدیث استدلال کرده‌اند: «فَيَمَنْ صَلَّى وَحْدَهُ ثُمَّ أَذْرَكَ تِلْكَ الصَّلَاةَ فِي وَقْتِهَا فِي جَمَاعَةٍ أَنَّهُ يُعِيدُ مَعَهُمْ».^{۱۰۰}

۳. قول اصح شافعيه بر آن است که اعاده نماز بر او واجب است، به دلیل اینکه چنین عذری، عذری نادر است و کمتر اتفاق می‌افتد.^{۱۰۱} در خصوص دیدگاه اخير می‌توان گفت: آیا قرارداد این مسئله به‌عنوان عذری نادر، دلیل کافی برای توجه به شرایط خاص مکلف نیست؟ و این در حالی است که توجه به مقاصد شریعت و قواعد فقهی همچون «نفی حرج» و «اتساع امر مضیق»، در شرایط خاص مکلفان، اجازه اجتهاد در این موارد را به مجتهد می‌دهد.

پس از استقرار آرا و دلایل به نظر می‌رسد قول به عدم اعاده نماز راجح است و در نتیجه، اگر شخص مبتلا به آلزایمر به دلیل فراموشی به غیر جهت قبله نمازش را خواند و بعد از آن متوجه اشتباهش شد یا اینکه در اثنای نماز متوجه اشتباهش شد، در این دو حالت باید نمازش را اعاده کند اما چنانچه جهت قبله را بداند لکن قادر به استقبال قبله نباشد و یاریگری هم نداشته باشد، بر همین حالت نمازش را می‌خواند و نمازش صحیح است و اعاده ندارد.

۵. تأثیر آلزایمر بر کیفیت ادای نماز

ادای عبادت؛ یعنی انجام دادن آن در زمان تعیین شده به صورت مشخص. باتوجه به تأثیر آلزایمر در حافظه و اراده فرد، این بیماری می‌تواند بر کیفیت نیت و چگونگی به جا آوردن و قضای آن تأثیرگذار باشد.

۵. ۱. خواندن یک نماز فرض به نیت نماز فرض دیگر (اشتباه در تعیین نماز)

نیت، یکی از شروط صحت نماز است^{۱۰۱} و براساس اجماع فقها نماز بدون نیت منعقد نمی‌شود و صحیح نیست؛^{۱۰۲} زیرا نماز عبادت است و عبادت براساس آیه ۵ سورة بینه؛ یعنی انجام عمل خالصانه

۹۸. سرخسی، المبسوط، ۲/۲۱۶؛ ابن مفلح، المبدع، ۱/۳۵۴.

۹۹. خطاب، مواهب الجلیل، ۱/۵۰۷؛ دسوقی، حاشیه، ۱/۲۲۷.

۱۰۰. نووی، المجموع، ۳/۲۴۳.

۱۰۱. زلیعی، تبیین الحقائق، ۱/۹۹؛ دسوقی، حاشیه، ۱/۲۳۳؛ نووی، المجموع، ۳/۲۷۹؛ مرداوی، الانصاف، ۲/۱۹؛ محقق حلی، المعتمد، ۲/۱۴۹.

۱۰۲. ابن منذر، الاوسط، ۳/۷۱؛ ابن قدامة، المغنی، ۱/۳۳۶؛ مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، ۷۹.

برای خداوند متعال. براساس این آیه خداوند متعال پذیرش عبادت را منوط به داشتن اخلاص در انجام آن بیان کرده است و اخلاص نیز از قلب نشأت می‌گیرد که همان نیت و اراده عمل خالصانه برای خداوند متعال است.^{۱۰۳}

براساس حدیث نبوی «إنما الأعمال بالنیات، و إنما لكل امرئ ما نوى»، صحت اعمال شرعی مبتنی بر نیت صاحبان آن است.^{۱۰۴} نیت نیز یعنی قصد، محل آن نیز قلب است.^{۱۰۵} نیت هم تابع علم است و در نتیجه هرکسی به آنچه که می‌خواهد انجام بدهد علم داشته باشد، قطعاً براساس همان نیت می‌آورد؛ زیرا فعل بدون نیت ممکن نیست. بنابراین نمی‌توان تصور کرد که شخصی بدون نیت نماز بخواند و در این حالت عالم به عملش نیز باشد^{۱۰۶} اما گاهی پیش می‌آید که شخصی در تعیین نماز دچار فراموشی می‌شود؛ مثلاً نماز عصر را به نیت نماز ظهر یا برعکس می‌خواند. چنانچه شخص مبتلا به آلزایمر در تعیین نام نماز دچار فراموشی شود و نماز عصر را به نیت ظهر یا برعکس بخواند و بعد از پایان نماز متوجه آن شود، آیا نمازش را باید اعاده کند یا نه؟

فقها اتفاق نظر دارند که در زمان نماز، نمازگزار باید نمازی را که می‌خواهد بخواند تعیین کند، برای مثال نیت کند که نماز ظهر یا عصر می‌خواند، به دلیل اینکه نمازها مختلف‌اند و باید از همدیگر متمایز شوند^{۱۰۷} و به حدیث «و إنما لكل امرئ ما نوى» در این زمینه استناد کرده و معتقدند: فایده ذکر «و إنما لكل امرئ ما نوى» بعد از «انما الاعمال بالنیات» آن است که تعیین منوی، شرط است.^{۱۰۸} بنابراین اگر شخص مبتلا به آلزایمر نمازی را به نیت نماز دیگری خواند، نمازش باطل است؛ زیرا در تعیین منوی اخلال و نقص ایجاد کرده و باید نمازش را اعاده کند.

۲.۵. قضای نماز

از جمله موارد درخور بررسی درباره افراد مبتلا به آلزایمر، بحث قضای نماز است. همان‌طور که گفته شد شخص از مرحله پنجم بیماری به بعد شروع به نقصان و ازدست‌دادن حافظه می‌کند. حالا سؤال اصلی آن است که اگر شخص مبتلا به آلزایمر هوشیاری و توانایی لازم برای انجام نماز را نداشت، آیا بعد از بهبودی مکلف به قضای نماز خواهد بود یا نه؟ فقها در این زمینه با قیاس شخص مبتلا به آلزایمر به مجنون

۱۰۳. کاشانی، بدائع، ۱/۱۲۷؛ نووی، المجموع، ۱/۳۱۳؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱/۳۳۶؛ طوسی، المبسوط، ۱/۱۰۱.

۱۰۴. محقق حلی، المعتمد، ۲/۱۴۹؛ خطابی، معالم السنن، ۳/۲۴۴؛ ابن‌حجر عسقلانی، فتح الباری، ۱/۱۴.

۱۰۵. کاشانی، بدائع، ۱/۱۲۷؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱/۳۳۶.

۱۰۶. ابن‌عثیمین، الشرح الممتع، ۲/۲۹۴.

۱۰۷. زیلعی، تبیین الحقائق، ۱/۹۹؛ دسوقی، حاشیه، ۱/۲۳۳؛ نووی، المجموع، ۳/۲۷۹؛ ابن‌قدامة، المغنی، ۱/۳۳۶؛ طوسی، المبسوط، ۱/۱۰۲ تا ۱/۱۰۱.

۱۰۸. ابن‌نجیم، البحر الرائق، ۱/۲۹۴؛ نووی، المنهاج، ۱۳/۵۴.

دو قول بیان کرده‌اند:

اول. جمهور فقهای مالکیه،^{۱۰۹} شافعیه،^{۱۱۰} حنابله^{۱۱۱} و امامیه^{۱۱۲} با استناد به دلایل زیر قائل به وجوب قضای نمازهای فوت شده نبوده و برای اثبات دیدگاه خویش به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

أ. براساس حدیث «من ادرك ركعه من الصلاة، فقد ادرك الصلاة»^{۱۱۳} کسی که قبل از تمام شدن وقت نماز یک رکعت نماز بخواند، گویی که تمام وقت آن را درک کرده است. بنابراین چنانچه شخصی بعد از جنون به هوش بیاید، مکلف به ادای آن مقدار از نماز است که وقت آن را درک می‌کند، نه نمازهای ماقبل آن زمان.

ب. براساس حدیث «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ حَتَّى يَفِيَقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ»^{۱۱۴} از مجنون یا شخص فاقد ادراک، رفع مسئولیت شده است. بنابراین مکلف به انجام واجبات نیست تا زمانی که به هوش بیاید؛ دقیقاً همانند صبی زمانی که بالغ می‌شود و وی فقط مکلف به انجام واجباتی است که در زمان بلوغش وقت ادای آن بوده است و نه بیشتر.

دوم. احناف^{۱۱۵} معتقدند: چنانچه شخص مجنون به اندازه یک شبانه‌روز یا کمتر از آن در حالت بیهوشی بود و بعد از آن هوشیار شد باید نمازهایش را قضا کند، اما اگر بیشتر از آن زمان بود با استناد به دلایل زیر قضای نماز بر او واجب نیست:

أ. هر چند که جنون، شخص را از فهم خطاب تکلیف عاجز و ناتوان می‌کند؛ اما اهلیت وی همچنان برای ادای فرایضش باقی است.^{۱۱۶}

ب. چنانچه مدت زمان بیهوشی و فراموشی طولانی باشد مستلزم حرج در انجام عبادات محوله است، اما اگر مدت زمان آن کوتاه باشد، مستلزم حرج و مشقت نخواهد بود. معیار مدت زمان طولانی، گذشتن آن از یک شبانه‌روز است؛ زیرا این مسئله وارد چرخه تکرار می‌شود.^{۱۱۷}

در پاسخ به دلایل احناف می‌توان گفت: دلایل مذکور، دلایل عقلی است و دلایل عقلی زمانی کاربرد

۱۰۹. موافق، التاج و الاکلیل، ۳/۳۴۲.

۱۱۰. نووی، المجموع، ۶/۳.

۱۱۱. مرداوی، الانصاف، ۱/۳۹۵.

۱۱۲. ابن‌ادریس حلی، السرائر، ۱/۲۷۶.

۱۱۳. بخاری، صحیح، ۱/۱۲۰.

۱۱۴. ابوداود، السنن، ۴/۱۴۰.

۱۱۵. زیلعی، تبیین الحقائق، ۱/۲۰۴.

۱۱۶. سرخسی، المبسوط، ۲/۱۰۱.

۱۱۷. ابن‌نجیم، البحر الرائق، ۲/۱۲۷.

دارد که نصی یا حدیثی درباره آن وجود نداشته باشد اما در این زمینه نصوص فراوانی روایت شده است. بنابراین پس از استقرار آرا و دلایل مذکور می توان گفت: قول جمهور راجح است؛ زیرا تکلیف مجنون به قضای نمازهای فوت شده سبب ایجاد حرج و مشقت برای وی می شود و تکلیف بمالایطاق است، درحالی که خداوند متعال براساس آیه ۷۸ سوره حج از ما رفع مشقت و حرج کرده است. درنتیجه، چنانچه شخص مبتلا به آلزایمر دارای ادراک غیرمستقر باشد، مکلف به انجام عباداتی می شود که توانایی ادراک آن ها را دارد و بنابراین به قضای نمازهایی که در زمان عدم ادراک بر او واجب شده است، مکلف نیست.

نتیجه گیری

آلزایمر یک بیماری مغزی غیرقابل برگشت است که معمولاً بعد از دوران میان سالی حافظه و قوای عقلی را مختل می کند و در یادگیری و یادآوری فرد تأثیر می گذارد که سیر پیشرفت آن در هفت دوره درخور بررسی است. براساس آنچه گذشت شخص مبتلا به بیماری آلزایمر دارای اهلیت وجوب کامل است؛ چراکه اساس اهلیت، وجوب حیات است اما از آنجاکه اساس اهلیت، ادای عقل است، بنابراین وجود بیماری بر آن تأثیرگذار خواهد بود؛ به این صورت که بیمار در مرحله اول درباره نماز و عبادات، حکم اشخاص سالم را دارد و درنتیجه مکلف محسوب می شود، زیرا شرایط تکلیف؛ یعنی بلوغ و عقل و قدرت و علم را دارد.

از علائم بارز مرحله دوم، نقص گذرا و موقت در حافظه کوتاه مدت شخص است که در این مرحله به صورت آشکارا ملاحظه شدنی نیست، اما در مرحله سوم این نقص شدید می شود و حافظه کوتاه مدت شخص به طور کامل دچار اختلال می شود. در این دو مرحله به دلیل اختلال در حافظه، احکام ادای نماز توسط فرد مبتلا به آلزایمر متفاوت است، هرچند وی به دلیل دارابودن شرایط وجوب نماز؛ یعنی حیات، عقل، قدرت، علم و آگاهی، مکلف به انجام عبادات است.

در مرحله چهارم، بیماری بر حافظه بلندمدت شخص تأثیر می گذارد و تاحدودی دچار اختلال می شود و به تدریج در مراحل بعدی افزایش می یابد، به گونه ای که آگاهی شخص نسبت به موقعیت های جاری اطرافش کاهش می یابد اما این کاهش آگاهی سبب انتفای شرایط تکلیف نمی شود؛ چراکه شخص، دارای فهم و تمیز به میزان کم خواهد بود که در اصطلاح «ضعیف العقل» گفته می شود و بنابراین براساس دسته بندی اهلیت ها، دارای اهلیت ادای ناقص خواهد بود.

در مراحل پنجم به بعد بیمار علاوه بر اینکه شرط قدرت؛ یعنی اراده و علم و آگاهی اش را از دست می دهد، شرط عقل را نیز دارا نخواهد بود؛ چراکه وی به حیات نباتی نزدیک می شود و برای انجام کارهای

روزمره خود نیازمند یاری اطرافیان است و بیمار در این حالت افزون بر اینکه اهلیت ادایش را از دست می دهد، به تبع مخاطب احکام تکلیفی نیز نخواهد بود.

منابع

- آلتمن، لیندا. آلازیم. ترجمه فرهاد همت خواه. تهران: عصر کتاب. چاپ سوم، ۱۳۹۰.
- ابن ابی شیبه، عبدالله بن محمد. المصنف فی الاحادیث و الآثار. ریاض: الرشد. ۱۴۰۹ق.
- ابن ادريس، محمد بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الاسلامی. ۱۴۱۰ق.
- ابن بطلال، علی بن خلف. شرح صحیح البخاری. ریاض: الرشد. ۲۰۰۳م.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. شرح عمدة الفقه. ریاض: دار العاصمة. ۱۹۹۷م.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم. مجموع الفتاوی. المدينة النبویه: مجمع الملك فهد. ۱۹۹۵م.
- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی. فتح الباری. بیروت: دار المعرفة. ۱۳۷۹ق.
- ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد. تحفة المحتاج. مصر: المكتبة التجارية الكبرى. ۱۹۸۳م.
- ابن حزم، علی بن احمد. المحلی. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۴۲۵ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد. مسند. بیروت: الرسالة. ۲۰۰۱م.
- ابن رجب، عبدالرحمن بن احمد. فتح الباری. المدينة النبویه: مكتبة الغرباء الأثرية. ۱۹۹۶م.
- ابن رشد، محمد بن احمد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. قاهره: دار الحديث. ۲۰۰۴م.
- ابن عابدین، محمد امین. رد المختار علی الدر المختار (حاشیه ابن عابدین). قاهره: دار الفكر. ۱۹۹۲م.
- ابن عبدالبر، یوسف بن عبدالله. الکافی. ریاض: مكتبة الرياض. ۱۹۸۰م.
- ابن عثیمین، محمد صالح. الشرح الممتع علی زاد المستقنع. ریاض: دار ابن الجوزی. ۱۴۲۸ق.
- ابن عربی، محمد بن عبدالله. احکام القرآن. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۲۰۰۳م.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. المغنی. قاهره: مكتبة القاهرة. ۱۹۶۸م.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر. اغاثة اللفهان فی مصائد الشیطان. ریاض: مكتبة المعارف. بی تا.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر. تهذیب السنن مطبوع مع عون المعبود. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۴۱۵ق.
- ابن ماجه، محمد بن یزید. سنن. بیروت: دار احیاء الکتب العربیه. بی تا.
- ابن مفلح، ابراهیم بن محمد. المبدع فی شرح المقنع. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۹۹۷م.
- ابن منذر، محمد بن ابراهیم. الأوسط فی السنن و الإجماع و الاختلاف. ریاض: دار طیبه. ۱۹۸۵م.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. الأشباه و النظائر. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۱۹۹۹م.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق. بیروت: دار الكتاب الاسلامی. بی تا.

ابن هشام، عبدالله بن یوسف. شرح شذور الذهب فی معرفة کلام العرب. سوريا: الشركة المتحدة للتوزيع. بی تا.
ابوداود، سلیمان بن اشعث. سنن ابی داود. بیروت: دار الرسالة العالمية. ۲۰۰۹م.
ارجمند، محسن، محمد صمدانی فر. بیماری آلزایمر؛ مجموعه کتاب های بهداشت سالمندان ۷. تهران: نسل فردا.
۱۳۸۳.

استفتانات دفتر مقام معظم رهبری، ۲۷- <http://www.leader.ir>. تاریخ مراجعه به سایت ۱۸ آبان ۱۴۰۲.
بخاری، محمد بن اسماعیل. صحیح البخاری. بیروت: دار طوق النجاة. ۱۴۲۲ق.
بدرالعینی، محمود بن احمد. شرح سنن ابی داود. ریاض: الرشد. ۱۹۹۹م.
بهوتی، منصور بن یونس. الروض المربع بشرح زاد المستقنع. بیروت: دار المؤید-مؤسسة الرسالة. بی تا.
بیهقی، احمد بن حسین. السنن الکبری. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۲۰۰۳م.
ترمذی، محمد بن عیسی. سنن الترمذی. مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي. ۱۹۷۵م.
حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل البيت (ع). بی تا.
خطاب، محمد بن محمد. مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل. بیروت: دار الفکر. ۱۹۹۲م.
حلی، جعفر بن حسن. المعتمد فی شرح المختصر. قم: سید الشهداء (ع). ۱۴۰۷ق.
خرشی، محمد. شرح مختصر خلیل. مصر: الأمیریة الکبری. ۱۳۱۷ق.
خطابی، احمد بن محمد. معالم السنن فی شرح سنن ابی داود. حلب: المطبعة العلمیة. ۱۹۳۲م.
خواجہ پور، منیژه. آلزایمر، پیری و تغییرات بیوشیمی در مغز. ۱۳۸۳.
دسوقی، محمد. حاشیه الدسوقی. بیروت: دار الفکر. بی تا.
روحانی، مهران. آشنایی با فراموشی و آلزایمر. تهران: شرکت انتشارات فنی ایران، نردبان. ۱۳۸۴.
زالی، حکیمه، سمانه سادات سیدی، علی رشیدپور، مجید رضایی طاویرانی. «[اپیدمیولوژی و اتیولوژی بیماری آلزایمر](#)»، کومش. ج ۱۶، ش ۲، زمستان ۱۳۹۳، .
زرقانی، محمد بن عبدالباقی. شرح الزرقانی علی موطا الامام مالک بن انس. قاهره: مكتبة الثقافة الدينية. ۱۴۲۴ق.
زركشى، محمد بن بهادر. البحر المحيط. بیروت: بی تا. ۱۹۹۴م.
زركشى، محمد بن بهادر. شرح الزركشى علی مختصر الخرقی. بیروت: دار المكتبة العلمیة. ۲۰۰۲م.
زیدان، عبدالکریم. الوجیز فی اصول الفقه. طهران: احسان. ۱۹۹۸م.
زیلعی، عثمان بن علی. تبیین الحقائق فی شرح کنز الدقائق. قاهره: مطبعة الکبری الامیریة. ۱۳۱۳ق.
شاطبی، ابراهیم بن موسی. الموافقات فی اصول الشریعة. بیروت: دار ابن عفان. ۱۹۹۷م.
شمس الانمہ سرخسی، محمد بن احمد. المبسوط. بیروت: دار المعرفة. ۱۹۹۳م.
شوکانی، محمد. نیل الاوطار. مصر: دار الحديث. ۱۹۹۳م.

۱۶۴/ نشریه فقه و اصول، سال پنجاه و هفتم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۴۱

شهید اول، محمد بن مکی. ذکر الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البيت (ع). ۱۴۱۹ق.
شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. نجف: جامعة النجف الدینیة. ۱۳۹۸ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. ۱۴۲۱ق.

طبرانی، سلیمان بن احمد. المعجم الاوسط. قاهره: دار الحرمین. ۱۹۹۵م.
طوسی، محمد بن حسن. المبسوط. تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة. ۱۳۸۷ق.
طوسی، محمد بن حسن. النهاية. بیروت: دار الكتاب العربی. ۱۴۰۰ق.
علاء الدین کاشانی، ابوبکر بن مسعود. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۹۸۶م.
علامه حلی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة. ۱۴۱۲ق.
عمرانی، یحیی بن سالم. البیان. جده: دار المنهاج. ۲۰۰۰م.
فروغان، مهشید. بيماری آلایمر. تهران: قطره. ۱۳۷۸.
قرافی، احمد بن ادریس. الذخيرة. بیروت: دار الغرب الإسلامی. ۱۹۹۴م.
قرافی، احمد بن ادریس. الفروق. بیروت: عالم الکتب. بی تا.
قرطبی، محمد بن احمد. الجامع لأحكام القرآن. قاهره: دار الکتب المصریة. ۱۹۶۴م.
قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج. صحیح مسلم. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۹۹۱م.
کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: میزان. چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۸.
ماوردی، علی بن محمد. الحاوی. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۹۹۹م.
مبارکفوری، عبدالله بن محمد. مرعاة المفاتیح شرح مشکاة المصابیح. بنارس الهند: ادارة البحوث العلمیة و الدعوة و الإفتاء. ۱۹۸۴م.

مرداوی، علی بن سلیمان. الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام المبجل احمد بن حنبل. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۹۵۵م.

مغنیه، محمد جواد. الفقه علی المذاهب الخمسة. قم: دار الكتاب الاسلامی. ۲۰۰۸م.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. بی جا: بی تا.
مواق، محمد بن یوسف. التاج و الاکلیل لمختصر خلیل. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۹۹۴م.
نووی، یحیی بن شرف. المجموع شرح المذهب. بیروت: دار الفكر. بی تا.
نووی، یحیی بن شرف. المنهاج شرح صحیح مسلم. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۳۹۲ق.
نیک خو، محمدرضا، همایاک اوادیس یانس. متن تجدیدنظر شده را هتمای تشخیص و آمار اختلال های روانی، انجمن روان پزشکی امریکا. تهران: سخن. چاپ دوم، ۱۳۸۴.

Alzheimer's A. *Alzheimer's disease facts and figures*. Alzheimers Dement. 11: 332.2015

COYLE, J. T., PRICE., & DELONG. M. R. *Alzheimers disease: A disorder of cortical cholinergic innervation*. Science, 219, 1184-1190.1983.

Kaplan, Harold 1, & Sadock, Benjamin J. *Synopsis of Psychiatry*. USA. Williams & Wilkins .p:328.1998.

Rostami.S.; hafidi.w; [The effect of prayer on mental health from the perspective of the Qur'an](#). *The Islamic college university journal*. Najaf: Islamic University.1-17. 2024.

Transliterated Bibliography

Abū Dāwud, Sulaymān ibn Ash'ath. *Sunan Abī Dāwud*. Beirut: Dār al-Risālah al-'Ālamīya, 2009/1430.

'Alā' al-Dīn Kāshānī, Abū Bakr ibn Mas'ūd. *al-Badā'ī' al-Ṣanā'ī' fī Tartīb al-Sharā'ī'*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, 1986/1406.

'Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Muntahā al-Maṭlab fī Taḥqīq al-Madhhab*. Mashhad: Majma' Buḥūth al-Islāmiyya. 1992/1412.

Altman, Lind. *Ālzāymir*. Translated by Farhād Himatkāh. Tehran: 'Aṣr Kitāb. Chāp-i Sivum, 2012/1390.

Arjmand, Muḥsin; Muḥammad Ṣamadānīfar. *Bimārī Ālzāymir; Majmū'ah Kitāb-hā-yi Bihdāshat Sālmāndān* 7. Tehran: Nasl Fardā. 2004/1383.

Badr al-'Aynī, Maḥmūd ibn Aḥmad. *Sharḥ Sunan Abī Dāwud*. Riyāḍ: al-Rushd. 1999/1377.

Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. *al-Sunan al-Kubrā*. Beirut: Dār al-Kutub 'Ilmiyyah. 2003/1424.

Buḥūti, Maṣṣūr ibn Yūnus. *al-Rawḍ al-Murbi' bi Sharḥ Zād al-Mustaḥṣin*. Beirut: Dār al-Mu'ayyid- Mū'assisa al-Risāla. S.d.

Bukhārī, Muḥammad ibn Ismā'īl. *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Beirut: Dār Ṭawq al-Najāh. 2001/1422.

Dasūqī, Muḥammad. *Ḥāsīya al-Dasūqī*. Beirut: Dār al-Fikr. s.d.

Furūghān, Mahshid. *Bimārī Ālzāymir*. Tehran: Qaṭrīh. 2000/1378.

Ḥaṭṭāb, Muḥammad ibn Muḥammad. *Mawāhib al-Jalīl li-Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Fikr. 1992/1412.

Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *al-Mu'tabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qum: Sayyid al-Shuhadā(AS). 1987/1407.

- Hurr ‘Āmili, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). s.d.
- Ibn Qudāmah, ‘Abd Allāh ibn Aḥmad. *al-Mughnī*. Cairo: Maktaba al-Qāhirah. 1968/1387.
- Ibn ‘Abd al-Barr, Yūsuf ibn ‘Abd Allāh. *al-Kāfī*. Riyāḍ: Maktaba al-Riyāḍ. 1980/1400.
- Ibn Abī Shayba, ‘Abd Allāh ibn Muḥammad. *al-Muṣannif fī al-Aḥādīth wa al-Āṣār*. Riyāḍ: al-Rushd. 1989/1409.
- Ibn ‘Ābidīn, Muḥammad Amīn. *Rad al-Mukhtār ‘alā al-Dur al-Mukhtār (Ḥaṣhiya Ibn ‘Ābidīn)*. Cairo: Dār al-Fikr. 1992/1412.
- Ibn ‘Arabī, Muḥammad ibn ‘Abd Allāh. *Aḥkām al-Qurān*. Beirut: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah, 2003/1424.
- Ibn Baṭāl, ‘Alī ibn Khalaf. *Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Riyāḍ: al-Rushd. 2003/1382.
- Ibn Ḥajar ‘Asqalānī, Aḥmad ibn ‘Alī. *Fath al-Bārī*. Beirut: Dār al-Ma‘rifah, 1960/1379.
- Ibn Ḥajar Haytmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Tuḥafa al-Muḥtāj*. Miṣr: al-Maktaba al-Tijāriya al-Kubrā. 1983/1403.
- Ibn Ḥanbal, Aḥmad ibn Muḥammad. *Musnad*. Beirut: al-Risālah. 2001/1421.
- Ibn Ḥazm, ‘Alī ibn Aḥmad. al-Muḥallā. Beirut: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah, 2000/1425.
- Ibn Hishām, ‘Abd Allāh ibn Yūsuf. *Sharḥ Shudhūr al-Dhahab fī Ma‘rifah Kalām al-‘Arab*. Sūriyā: al-Shirka al-Mutaḥida li-l-Tawzī‘. S.d.
- Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Sarā’ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1990/1410.
- Ibn Mājah, Muḥammad ibn Yazīd. *al-Sunan*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Kutub al-‘Arabīya. s.d.
- Ibn Muflīh, Ibrāhīm ibn Muḥammad. *al-Mubdi‘ fī Sharḥ al-Muqni’*. Beirut: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah, 1997/1418.
- Ibn Munzar, Muḥammad ibn Ibrāhīm. *al-Awsaṭ fī al-Sunan wa al-Ijmā‘ wa al-Ikhtilāf*. Riyāḍ: Dār Ṭayiba. 1985/1363.
- Ibn Najīm, Zayn al-Dīn ibn Ibrāhīm. *al-Baḥr al-Rā’iq fī Sharḥ Kanz al-Daqa’iq*. Beirut: Dār al-Kitāb al-Islāmī. s.d.
- Ibn Najīm, Zayn al-Dīn ibn Ibrāhīm. *al-Ashbāh wa al-Nazā’ir*. Beirut: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah, 1999/1419.
- Ibn Qayyim Jawziyāh, Muḥammad ibn Abī Bakr. *Ighātha al-Lahfān fī Maṣāyid al-Shaytān*. Riyāḍ: Maktaba al-Ma‘ārif. s.d.

Ibn Qayyim Jawziyāh, Muḥammad ibn Abī Bakr. *Tahdhīb al-Sunan Maṭbū‘a ‘Awn al-Ma‘būd*. Beirut: Dār al-Kutub ‘Ilmiyyah, 1995/1415.

Ibn Rajab. al-Raḥmān ibn Aḥmad. *Fatḥ al-Bārī*. Madīnah Munawarah: Maktaba al-Gharbā’ al-Athariya. 1996/1417.

Ibn Rushd, Muḥammad ibn Aḥmad. *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. 2004/1424.

Ibn Taymiyya, Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm. *Majmū‘ al-Fatāwī*. Madīnah Munawarah: Majma‘ al-Malik Fahad, 1995/1416.

Ibn Taymiyya, Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm. *Sharḥ ‘Umda al-Fiqh*. Riyāḍ: Dār al-‘Āshimah. 1997/1418.

Ibn ‘Uthaymīn, Muḥammad Ṣāliḥ. *al-Sharḥ al-Mumtī‘ ‘alā Zād al-Mustaqni‘*. Riyāḍ: Dār Ibn Jawzī. 2007/1428.

‘Imrānī, Yahyā ibn Sālim. *al-Bayān*. Jadda: Dār al-Minhāj. 2000/1379.

Istiftā‘at Daftar Maqām Mu‘zam Rahbari, Tārīkh Murājī‘ih bi Sāyt 2023/11/09; 1402/08/18.

Kātūziyān, Nāṣir. *Qānūn Madanī dar Naẓm Huqūqī Kunūnī*. Tehran: Mizān. Chāp-i Bist va Duwum, 2010/1388.

Khājihpūr, Manizhih. *Ālzāyimir, Pīrī va Taghīrāt Biyūshīmī dar Maghz*. 2004/1383.

Kharshī, Muḥammad. *Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Fikr. s.d.

Khaṭābī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Ma‘ālim al-Sunan fī Sharḥ Sunan Abī Dāwud*. Ḥalab: al-Maṭba‘a al-‘Ilmiyya. 1932/1350.

Māwardī, ‘Alī ibn Muḥammad. *al-Ḥāwī*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1994/1414.

Mawwāq, Muḥammad ibn Yūsuf. *al-Tāj wa al-Iklīl li-Mukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 1994/1414.

Mubārakfurī, ‘Abd Allāh ibn Muḥammad. Mar‘at *Mafātīḥ Sharḥ Mishkāṭ Maṣābiḥ*. Banāris al-Hind: Idāra al-Buḥūth al-‘Ilmiyya wa al-Da‘wa wa al-Iftā’. 1984/1404.

Mughniyah, Muḥammad Jawād. *Al-Fiqh ‘alā al-Madhāhib al-Khamsah*. Qum: Dār al-Kitāb al-Islāmī. 2008/1429.

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. s.l. s.n. s.d.

- Murdāwī, ‘Alī ibn Sulaymān. *al-Inṣāf fī Ma‘rifā al-Rājiḥ min al-Khilāf ‘alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal*. Beirut: Dār Ihyā’ al-Turāth al-‘Arabī, 1995/1415.
- Nawawī, Yahyā ibn Sharaf. *al-Majmū‘ fī Sharḥ al-Muhadhdhab*. Beirut: Dār al-Fikr. s.d.
- Nawawī, Yahyā ibn Sharaf. *al-Minhāj Sharḥ Ṣaḥīḥ Muslim*. Beirut: Dār Ihyā’ al-Turāth al-‘Arabī, 1972/1392.
- Nīykhū, Muḥammad Riḍā; Hamāyāk Avādīs Yāns. *Matn Tajdidnazar Shudih-yi Rāḥnamāy Tashkhiṣ va Āmār Ikhtilāl-hā-yi Ravānī*, Anjuman Ravānpizishkī America. Tehran: Sukhan, Chāp-i Duvvum, 2005/1384.
- Qarāfī, Aḥmad ibn Idrīs. *al-Dhakhirah*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī, 1994/1414.
- Qarāfī, Aḥmad ibn Idrīs. *al-Furūq*. Beirut: ‘Ālim al-Kutub, s.d.
- Qurṭabī, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Jāmi‘ li-Aḥkām al-Qurān*. Cairo: Dār al-Kutub al-Miṣriya. 1964/1383.
- Qushiyri Nayshābūrī, Muslim ibn al-Ḥajāj. *Ṣaḥīḥ Muslim*. Beirut: Dār Ihyā’ al-Turāth al-‘Arabī. 1991/1411.
- Rūḥānī, Mihrān. *Āshināyī bā Farāmūshī va Ālzāymir*. Tehran: Shirkat Intishārāt Fanī Irān, Nardbān. 2006/1384.
- Ṣaḥīb Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāy‘ al-Islām*. Qum: Mu‘assisa Dāyrah al-Ma‘ārif Fiqh-i Islāmī. 2000/1421.
- Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *Dhikrā al-Shī‘a fī Aḥkām al-Sharī‘a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). 1998/1419.
- Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *al-Rawḍa al-Bahiya fī Sharḥ al-Lum‘ah al-Dimashqiyah*. Najaf: Jāmi‘ah al-Najaf al-Dīniya. 1978/1398.
- Shams al-A‘immah Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad. *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Ma‘rifā. 1993/1413.
- Shāṭibī, Ibrāhīm ibn Mūsā. *al-Muwāfaqāt fī Uṣūl al-Sharī‘a*. Beirut: Dār Ibn ‘Afān. 1997/1418.
- Shawkānī, Muḥammad. *Nayl al-Awtār*. Miṣr: Dār al-Ḥadīth. 1993/1413.
- Ṭabarānī, Sulaymān ibn Aḥmad. *al-Mu‘jam al-Awsaṭ*. Cairo: Dār al-Ḥaramiyn, 1995/1416.
- Tirmidhī, Muḥammad ibn ‘Īsā. *Sunan al-Tirmidhī*. Miṣr: Maktaba Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī. 1975/1395.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya li-Ihyā’ al-Āṣār al-Ja‘fariya. 1967/1387.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Nihāya*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī. 1980/1400.
- Zālī, Ḥakīmīh; Samānīh Sādāt Siyidi; ‘Alī Rashidpūr; Majid Rizāyī Ṭavīrānī. “Epidemiology va etiology

Bīmārī Ālzāymir”. *Kūmish*. Vol. 16, no. 2, winter 2014/1393.

Zarkashī, Muḥammad ibn Bahādūr. *al-Baḥr al-Muḥīṭ*. Beirut: s.n. 1994/1414.

Zarkashī, Muḥammad ibn Bahādūr. *Sharḥ al-Zarkashī ‘alā Mukhtaṣar al-Khiraqī*. Beirut: Dār al-Maktaba al-‘Ilmiyya. 2002/1423.

Zarqālī, Muḥammad ibn ‘Abd al-Bāqī. *Sharḥ al-Zarqālī ‘alā al-Muwaṭṭa’ al-Imām Mālik ibn Anas*. Cairo al-Maktaba al-Thaqāfa al-Dīniyya. 2003/1424.

Zayla’ī, ‘Uthmān ibn ‘Alī. *Tabyīn al-Ḥaqā’iq fī Sharḥ Kanz al-Daqa’iq*. Cairo: al-Maṭba‘a al-Kubrā Amīriyya. 1895/1313.

Ziydān, ‘Abd al-Karīm. *al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh*. Tihrān: Iḥsān. 1998/1419.



Re-examining the Semantics of “Property” from the Viewpoint of *Shr’a* Jurisprudence

Dr. javad soltani fard (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

Email: j.soltanifard@motahari.ac.ir

Dr. Ahmad Ali Yousefi

Professor, Department of Islamic Economics, Islamic Systems Research Institute, Islamic Culture and Thought Research Institute, Qom, Iran

Dr. Ahmad Mohammadi

PhD Graduate, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Imam Khomeini and Islamic Revolution Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

The application of jurisprudential rulings on objects requires that an object be classified as “property”. Verifying the “proprietary status” of objects has become necessary in today’s society, because people encounter cases in financial and economic relationships where establishing the title of “property” is not as easy as it used to be in the past. These include cases such as “copyright”, and “commercial leasehold rights” (*haqq-i sar quflī*), as well as more recent phenomena such as “the rights (privileges) of various kinds of video games”, “high-follower social media accounts”, and “cryptocurrencies”. Therefore, defining the criteria for what qualifies as “property” has become necessary. The present study not only classifies and critiques several existing jurisprudential views, but also offers an alternative definition of property. The study employs an analytical approach and concludes through this method that property is an abstract-customary title; therefore, the only reliable method for verifying the proprietary of an object is by referring to customary exchanges and analyzing the practices of rational individuals regarding the object. Accordingly, it is impossible for the legislator (*Shāri’*) to revoke the proprietary of an object. At most, the legislator may prohibit some or all of the legal effects associated with it, for instance in the banning of wine transactions. Therefore, it may be said that many of the characteristics mentioned in jurisprudential sources defining “property” are in fact unnecessary elaborations in need of reconsideration. In addition, using the expression “legally recognized property” (*māl-i shar’ī*) is incorrect and considering “proprietary” as a condition for both parties in a transaction is pointless.

Keywords: property, proprietary status, custom, exchange value, economic exchange





بازپژوهی معناشناختی «مال» از منظر فقه امامیه

دکتر جواد سلطانی فرد (نویسنده مسئول)

استادیار گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران

Email: j.soltanifard@motahari.ac.ir

دکتر احمدعلی یوسفی

استاد گروه اقتصاد اسلامی، پژوهشکده نظام‌های اسلامی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران

دکتر احمد محمدی

دانش‌آموخته دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

چکیده

جاری‌شدن احکام فقهی مال بر اشیا نیازمند صدق عنوان «مال» بر آن‌هاست. احراز مالیت اشیا از آنجا ضرورت می‌یابد که در جامعه امروزی، مردم در روابط مالی و اقتصادی خود با مواردی مواجه‌اند که تطبیق عنوان مال بر آن‌ها به‌سادگی زمان گذشته نیست؛ از مواردی مانند «حق تألیف» و «حق سرقفلی» گرفته تا پدیده‌های نوظهوری همچون «امتیاز انواع بازی‌های رایانه‌ای»، «صفحات مجازی با دنبال‌کنندگان زیاد» و «ارزهای رم‌پایه»؛ ازاین‌روست که تعیین ضابطه مالیت اشیا اهمیت دارد. این پژوهش ضمن دسته‌بندی و نقد دیدگاه‌های فقهی و ارائه تعریفی متفاوت از مال، با روش تحلیلی به این نتیجه دست یافته که مال یک عنوان عرفی-انتزاعی بوده و تنها راه احراز مالیت چیزی، توجه به معاوضات عرفیه و تحلیل رفتار عقلا در مورد آن است. براین‌اساس امکان ندارد شارع مالیت چیزی را ساقط کند، نهایت آنکه می‌تواند تنها از بعضی یا همه آثار مترتب بر آن همچون معامله شراب نهي کند؛ ازاین‌رو می‌توان گفت بسیاری از مشخصه‌هایی که در منابع فقهی برای «مال» مطرح شده، تکلفات بی‌مورد و نیازمند اصلاح است. به‌علاوه، استفاده از تعبیر «مال شرعی» صحیح نبوده و شرط دانستن «مالیت» برای عوضین نیز لغو است.

واژگان کلیدی: مال، مالیت، عرف، ارزش مبادلی، مبادله اقتصادی.

مقدمه

«مال» به دفعات در کتاب، سنت و فتاوی فقها موضوع حکم قرار گرفته است، از جمله: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»^۱ «لَا تَتَّبِعُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا»^۲ «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَبِيعَةِ نَفْسٍ مِنْهُ»^۳ «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ»^۴ «ما لا مالية له لا يجوز بيعه»^۵ و «اعتبار المالية في كل من العوضين في البيع»^۶. بحث از مال در کتب فقهی غالباً در مباحثی تحت عنوان «تجارت»، «مکاسب» و «شروط عوضین در بیع» آمده است. در سایر موارد، مال، موضوع احکامی همچون اجاره، هبه، ارث، غصب، خمس و زکات قرار گرفته است.

نزد قریب به اتفاق فقهای امامیه مسلم بوده است که در هر معاوضه و معامله‌ای، عوض و معوض باید مالیت و ارزش^۷ داشته باشند تا بذل و پرداخت مال در قبال آن‌ها صحیح باشد. شیخ انصاری در این باره می‌گوید: «در هریک از عوضین شرط است که مال باشند؛ زیرا بیع در لغت به معنای "مبادله مال به ازای مال" است و [فقه] با این شرط، از آنچه در نزد عقلا منفعت ندارد احتراز جسته‌اند»^۸.

در فقه مواردی وجود دارند که اهمیت بحث از مشخصه‌های مال را قوت می‌بخشد. برای مثال، از نظر فقهای اسلام برای قطع دست سارق، احراز مالیت شیء مورد سرقت ضروری است. شیخ طوسی در خلاف می‌نویسد: «[سرقت] هر جنسی که در عادت [و عرف] مال به حساب آید، در آن، [حد] قطع است»^۹.

با در نظر گرفتن مطالبی که گفته شد، ضروری است که مفهوم مال و مشخصات آن روشن شود. این

۱. بقره: ۱۸۸.

۲. نساء: ۵.

۳. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۵۷۲/۴.

۴. نک: صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۲۲۰/۳۳؛ موسوی بجنوردی، القواعد الفقهية، ۱۶۴/۴.

۵. نک: بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۲۹/۱۸؛ نائینی، مکاسب و البیع، ۳۸۶/۲؛ طباطبائی قمی، عمدة المطالب، ۱۱۸/۳.

۶. حکیم، مستمسک العروة، ۳۳۹/۱.

۷. برای اشیاء دو نوع ارزش وجود دارد: ۱. ارزش مصرفی یا استعمالی (فایده‌ای که انسان برای رفع نیازمندی خود از مصرف چیزی می‌برد)؛ ۲. ارزش مبادله‌ای (ارزشی که دیگران برای به دست آوردن آن حاضر به پرداخت عوض مالی یا خدمتی هستند). بعضی از چیزها مانند هوا -در شرایط عادی- تنها دارای ارزش مصرفی هستند. بعضی دیگر مثل اتومبیل علاوه بر ارزش مصرفی، ارزش مبادله‌ای نیز دارند. در واقع، اشیاء به سبب داشتن فایده مصرفی مورد رغبت عقلا قرار می‌گیرند و همین اشیاء به دلیل کمیابی نسبی مورد عرضه و تقاضا قرار می‌گیرند و از تحقق دو عنصر عرضه و تقاضا انتزاع مالیت می‌شود. البته انواع دیگری از اشیاء وجود دارند که با چشم‌پوشی از اعتبار و قرارداد هیچ‌گونه ارزشی ندارند، اما همین‌که مثلاً از طریق دولت یا نهاد اجتماعی مقبولی بر آن‌ها فایده‌ای بار شود، توسط عرف به کار گرفته می‌شوند و به دلیل آنکه به راحتی در دسترس همگان نیستند، بین عرف و عقلا ارزش مبادله‌ای پیدا می‌کند؛ مانند اسکناس و تمبر پستی. گفتنی است مقصود از «ارزش مبادله‌ای» در نوشته‌های اقتصادی، همان «مالیت» در نوشته‌های فقهی است.

۸. انصاری، کتاب مکاسب، ۹/۴.

۹. طوسی، الخلاف، ۴۱۶/۵.

ضرورت آنجا به اوج خود می‌رسد که در برخی از مواقع تشخیص مالیت چیزی و به تبع، بارکردن حکم شرعی بر آن قدری پیچیده می‌شود. برای مثال، اگر شخصی فرد کاسب و حاذقی را زندانی کرد و فرد زندانی نتوانست به مدت یک سال کار کند، آیا می‌توان آن شخص را در این مدت ضامن درآمد فرد زندانی دانست؟ در پاسخ باید گفت: در صورتی که «قابلیت کارکردن»، مالیت داشته باشد، می‌توان از باب «قاعده اتلاف» شخص مزبور را ضامن دانست.

به علاوه، امروزه مال معنایی گسترده‌تر از معنای سنتی خود پیدا کرده است و صرفاً منحصر به «اعیان» (اشیای فیزیکی و لمس شدنی) و حتی «منافع» (مانند قابلیت سکونت در خانه) نمی‌شود، بلکه شامل حقوقی که جامعه آن را به رسمیت می‌شناسد نیز می‌شود؛ از همین باب است مواردی مانند حق تألیف، حق نشر، حق سرقتی و اگر بتوان آن‌ها را مال دانست، می‌توانند موضوع احکام قرار گیرند. همچنین ورود فضای الکترونیک و مجازی به زندگی انسان‌ها و شکل‌گیری و توسعه ابزارهای مرتبط با آن -همچون مسئله خرید و فروش رمزارزها- لزوم شناخت معنای مال و ضابطه مالیت را بیشتر نمایان می‌سازد؛ چراکه مالیت داشتن و به تبع، موضوع حکم قرارگرفتن آن‌ها متفرع بر شناخت معنای مال خواهد بود.

درباره پیشینه بحث باید گفت: با وجود اینکه در کتب فقهی مکرراً راجع به مال صحبت شده اما چندان به شناساندن مفهوم مال پرداخته نشده است، چه رسد به آنکه بخش مستقلی به مفهوم‌شناسی آن اختصاص یابد؛ این در حالی است که حتی برخی از فقها هنگام نیاز به تعریف مال یا کشف مالیت چیزی به این اکتفا کرده‌اند که: «مال، چیزی است که به‌ازای آن، مال پرداخت شود.»^{۱۰} و تعریف مال را به همان وضوح ارتکازی‌اش در عرف واگذار کرده‌اند تا جایی که برخی از دانشمندانی که درصدد بازشناسی عناصر تشکیل‌دهنده مفهوم مال برآمده‌اند، در پایان اعتراف کرده‌اند که تعریف مال به‌گونه‌ای جامع و مانع بسیار مشکل است.^{۱۱}

با وجود این می‌توان پژوهش‌های صورت‌گرفته مرتبط با این بحث را به چند دسته تقسیم کرد: در برخی از جستارهای انجام‌شده صرفاً به‌طور اجمالی به مفهوم‌شناسی مال پرداخته شده و بیشتر تقسیمات مال و نگاه قرآنی و روایی راجع به آن بررسی شده است؛ مانند «مبانی نظری اقتصاد اسلامی مال و حدود آن در تصور اسلامی».

دسته دیگر، پژوهش‌هایی است که مال و مالیت را از منظر حقوق بررسی کرده است: «تبارشناسی مال:

۱۰. شیرازی، حاشیه المکاسب، ۱۰۲/۲؛ عراقی، حاشیه المکاسب، ۶۶.

۱۱. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱۶۵/۱.

مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب» یا آنکه به مطالعه تطبیقی بین مذاهب اسلامی پرداخته است: «جستاری نقادانه پیرامون مالیت مورد معامله از منظر فقه مذاهب اسلامی» یا ضمن اشاره به برخی از نظریات فقهی، در مقام تطبیق با مباحث علم اقتصاد برآمده و تفاوت‌های ارزش‌شانی با ارزش فعلی را بیان کرده است: «بررسی و نقد نظریه‌های ارزش مبادلی با تأکید بر تمایز ارزش‌شانی و فعلی».

دسته سوم نیز ضمن اشاره اجمالی به بحث مالیت، تمرکز خود را روی انطباق‌سنجی پدیده‌های نوظهوری همچون «بیت‌کوبین» با عنوان مال معطوف ساخته‌اند، بی‌آنکه فحص تأمی در خصوص آرای موجود درباره مالیت در میان فقها داشته باشند و عناصر ارائه‌شده از مفهوم مال را تحلیل کنند؛ مانند: «بررسی فقهی مالیت بیت‌کوبین در بستر فضای مجازی»، «بررسی فقهی مالیت در رمزارزها»، «ماهیت و مالیت ارزهای دیجیتال از منظر فقه مقارن» و «بررسی فقهی حقوقی مال‌بودن داده‌های رایانه‌ای».

در این میان، دو پژوهش با عناوین «شرط مالیت عوضین در صحت معاملات با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره)» و «ضابطه مال‌بودن در مباحث فقهی» به چشم می‌خورد که در پژوهش اول درباره شرط مالیت عوضین در صحت معاملات سخن گفته شده و نویسنده ضمن اشاره به آرای برخی از فقها راجع به مفهوم مال، بحث خود را با بررسی معنای اصطلاحی مال از منظر حقوق و سپس بیان تقسیم‌بندی مال و... ادامه می‌دهد و درنهایت، روی دیدگاه امام خمینی (ره) در این زمینه تمرکز می‌کند. در جستار دوم نیز باینکه روی عرفی‌بودن مفهوم مال تأکید شده است اما پس از بررسی نسبتاً اجمالی آرای فقها در این زمینه، مال از نظر اقتصاددانان بررسی شده و درنهایت، تعریفی از مال ارائه شده است که با تعریف این پژوهش متفاوت است.

بنابراین روشن شد که تاکنون به بررسی تخصصی و تفصیلی آرای فقها در زمینه مفهوم‌شناسی مال و ارائه ملاک برای احراز مالیت چیزی پرداخته نشده است و اگر در مواردی هم نگارندگانی درصدد بازشناسی عناصر تشکیل‌دهنده مال برآمده‌اند، معمولاً آنقدر از مفهوم عرفی آن فاصله گرفته‌اند که می‌توان بسیاری از مشخصه‌های مطرح‌شده را ناصحیح و تکلفاتی بی‌مورد دانست.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. مال در لغت

«مال» اجوف واوی از ریشه «مول» و جمع مکسر آن «اموال» است.^{۱۲} برخی از لغویان، همچون

۱۲. ابن منظور، لسان العرب، ۱۱/۶۳۵. برخی به اشتباه «مال» را اجوف یانی و از ریشه «میل» به معنای «برگردیدن و عدول به یک طرف» دانسته و وجه تسمیه متعلقات انسان به مال را از آن نظر دانسته‌اند که مال پیوسته مانل و زائل است و از این گروه به آن گروه میل می‌کند (نک: راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن،

فراهِیدی، جوهری و فیومی مال را چیزی شناخته شده و بی نیاز از تعریف دانسته و نهایتاً به برخی از مصادیق آن اشاره کرده اند.^{۱۳} ابن منظور در لسان العرب ضمن اشاره به معروف بودن معنای مال، آنچه را تملک بپذیرد مال نامیده است.^{۱۴} ابن اثیر معتقد است که مال در آغاز بر آنچه انسان از طلا و نقره مالک می شد اطلاق می شده است، سپس گستره ای عام یافته و شامل تمامی اشیای تحت مالکیت انسان شده است.^{۱۵} این واژه نزد عرب بیشترین کاربرد را در شتر داشته است؛ زیرا بیشترین اموال آن ها بوده^{۱۶} یا آنکه حامل دارایی هایشان بوده است.

از اینجا روشن می شود کسانی که در تعریف مال به شتر اشاره کرده و گفته اند: «المالُ مَعْرُوفٌ وَهُوَ عِنْدَ الْعَرَبِ الْإِبِلُ»،^{۱۷} به بیان مصداق غالبی و روشن از مال پرداخته اند و چنین تعاریفی موجب تحدید مفهوم مال نمی شود و بدان معنا نیست که شتر مصداق انحصاری مال باشد که در این صورت لازم می آید از نظر عرب، مال تنها به اعیان صدق کند، آن هم تنها به شتر و بطلان این مطلب واضح است.

تفاوت مال و ملک: نکته مهم آنکه در برخی از تعاریف ارائه شده از سوی لغویان، مال به ملک تفسیر شده است؛ بدین معنا که از مال، هر چیزی که ملک فعلی انسان باشد اراده شده است، درحالی که سخن در تفسیر طبیعت مال است نه مثلاً مال مضاف به انسان معین همچون «مال زید»، این در حالی است که آنچه مضاف است ملک است نه مال؛ بنابراین تفسیر مال به ملک خالی از تسامح نیست.^{۱۸} به بیان دیگر، نسبت مال و ملک از نسبت های چهارگانه منطقی، عموم و خصوص من وجه است؛^{۱۹} در بسیاری از چیزها هر دو صدق دارند، یعنی برخی از چیزها هم دارای مالیت و ارزش است و هم مالک معینی دارند؛ اما در مواردی چیزی مال هست ولی ملک نیست (مثل مباحات اصلیه که کسی تا به حال آن ها را حیا زت نکرده باشد) و در مواردی نیز ملک هست و مال نیست (مثل جزء سیر از چیزها همچون یک دانه گندم یا یک نخ لباس).

شهید مطهری در این باره می نویسد: «همان طور که در فقه گفته شده است لازمه ثروت بودن و مالیت،

۷۸۳ و ۷۸۴؛ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۶۲۲)، حال آنکه مال اجوف واوی است نه یانی.

۱۳. فراهِیدی، کتاب العین، ۳۴۴/۸؛ جوهری، الصحاح، ۱۸۲/۵؛ فیومی، المصباح المنیر، ۵۸۶/۲.

۱۴. ابن منظور، لسان العرب، ۶۳۵/۱۱.

۱۵. ابن اثیر، النهاية، ۳۷۳/۴.

۱۶. ابن اثیر، النهاية، ۳۷۳/۴.

۱۷. صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، ۳۵۸/۱۰.

۱۸. هر چند برخی قائل به عدم تفاوت میان «مال» و «ملک» هستند (نک: مصطفوی، التحقیق، ۲۱۶/۱۱).

۱۹. آخوند خراسانی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۴/۲.

مملوکیت نیست؛ زیرا ممکن است مالی تصاحب نشده باشد یا آنکه از نوع اموالی باشد که منافعتش به عموم تعلق داشته باشد، مانند اراضی مفتوحة عنوة، یا به طبقه خاصی تعلق داشته باشد، مانند اوقاف. از آن طرف ممکن است چیزی مملوک باشد ولی به علت کافی نبودن برای رفع احتیاج بشر به واسطه خردی، مال و ثروت شمرده نشود، مانند یک حبه گندم. بر حبه گندم آثار مملوکیت ممکن است بار شود، دیگران بدون رضایت صاحب آن، حق اتلاف و تصرف در آن ندارند اما چون مالیت ندارد قابل خرید و فروش نیست و به اصطلاح دارای ارزش نیست و قابلیت مبادله ندارد؛ لهذا می توان گفت ضمان آور نیز نیست، مصداق "مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ ضَامِنٌ" یا "عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ" نیست.^{۲۰}

از همین قبیل مسامحه است تعلیل شیخ انصاری زمانی که می گوید: «آنچه عرفاً مال نیست، بدون هیچ اشکال و اختلافی نمی تواند یکی از عوضین [در بیع] قرار بگیرد؛ زیرا بیعی نیست مگر [آنچه] در ملک [و اختیار انسان] باشد.»^{۲۱}

البته ممکن است بتوان این گونه میان مال و ملک ارتباط برقرار کرد که دست کم یکی از مشخصات مال آن است که صلاحیت تملک داشته باشد (نه آنکه ملک فعلی انسان باشد)؛ همان گونه که صاحب جواهر در بحث شروط عوضین، به ملکیت اشاره کرده و معتقد است: بیع چیزی که صلاحیت تملک ندارد (مانند سوسک، عقرب و حشرات)، صحیح نیست و جهت بطلان را عدم منفعت معرفی می کند.^{۲۲}

۲. ۱. مال در اصطلاح فقها

فقیهانی که به ارائه تعریفی از مال پرداخته اند، در این زمینه با یکدیگر هم داستان نبوده و معمولاً هرکدام به جای آنکه به بیان اجزای ماهوی مال بپردازند، مشخصات و ویژگی هایی را برای مال برشمرده اند. در ادامه به مهم ترین تعاریف اشاره کرده و سپس به راستی آزمایی آن ها می پردازیم.

دیدگاه اول: از نظر برخی، مال متقوم به «منفعت» است؛ یعنی مال آن چیزی است که دارای منفعت باشد. علامه حلی می نویسد: «بیع چیزی که هیچ گونه منفعتی ندارد مانند یک دانه یا دو دانه گندم جایز نیست؛ زیرا چنین چیزی مال محسوب نمی شود تا در عوض آن مالی دریافت شود.»^{۲۳}

شیخ طوسی نیز راجع به عدم جواز بیع آنچه منفعت ندارد، ادعای «عدم الخلاف» می کند.^{۲۴} از کلام

۲۰. مطهری، نظری به نظام اقتصادی اسلام، ۴۴، ۴۵.

۲۱. انصاری، کتاب المکاسب، ۱۰/۴.

۲۲. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۳/۲۲، ۳۴۴.

۲۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۵/۱۰؛ نک: علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۳۶۱/۱؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، ۸/۱۳.

۲۴. طوسی، المبسوط، ۱۶۶/۲.

عده‌ای دیگر، گو آنکه مطلبی فراتر از این استفاده می‌شود، بدین معنا که صرف داشتن منفعت نمی‌تواند ملاکی برای جواز بیع باشد، بلکه این منفعت باید منفعتی عقلایی (مقصودة للعقلاء) یا درخور اعتنا (معتد بها) باشد. از کلام شهید اول،^{۲۵} صاحب‌جواهر^{۲۶} و شیخ انصاری^{۲۷} همین معنا برداشت می‌شود. صاحبان مفتاح‌الکرامه و مجمع‌الفائده نیز در تعریف خود به این قید اشاره کرده‌اند.^{۲۸}

دیدگاه دوم: امام خمینی (ره) در تعریف خود از مال، به ملاک «مورد رغبت عقلا بودن» اشاره کرده و معتقد است: مال، آن چیزی است که عقلا بدان میل و رغبت داشته باشند (ما یرغب فیہ العقلاء) و در ازای آن بها پردازند.^{۲۹} محقق خویی نیز از طرفداران این تعریف است.^{۳۰} البته ایشان در جایی دیگر قید «قابل ذخیره کردن» را نیز در تعریف مال دخیل دانسته و می‌نویسد: «مالیت تنها با در نظر گرفتن اینکه یک چیز به خودی خود از چیزهایی باشد که [اولاً] نوع [عقلا] بدان تمایل [و رغبت] داشته باشند و [ثانیاً] آن را به منظور بهره‌بردن از آن در هنگام نیاز ذخیره کنند، انتزاع می‌گردد.»^{۳۱}

محقق اصفهانی نیز پس از آنکه مالیت را اعتباری عقلایی می‌داند، در تبیین مفهوم مال می‌نویسد: «ما یمیل الیه النوع و یرغبون فیہ و یبدلون بازائه شیئاً.» (آنچه نوع [عقلا] بدان گرایش و اشتیاق داشته و در ازای آن بها می‌پردازند).^{۳۲}

یکی از معاصران نیز در کلامی مشابه در تعریف مال می‌نویسد: «ما یتنافس العقلاء علی تحصیله.» (آنچه عقلا برای به دست آوردن آن با یکدیگر رقابت می‌کنند).^{۳۳}

دیدگاه سوم: شماری از فقهای دیگر معتقدند یک چیز را ظاهراً با دو شرط می‌توان مال دانست: اول آنکه، مردم به آن در امور دنیوی یا اخروی خود احتیاج داشته باشند؛ دوم آنکه، بدون انجام دادن کاری نتوان

۲۵. شهید اول، الدروس، ۱۶۷/۳.

۲۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۴۳/۲۲.

۲۷. انصاری، کتاب‌المکاسب، ۹/۴.

۲۸. حسینی عاملی، مفتاح‌الکرامه، ۸/۱۳؛ مقدس اردبیلی، مجمع‌الفائده، ۵۳/۸.

۲۹. خمینی، کتاب‌البیع، ۳۷/۱؛ خمینی، کتاب‌البیع، ۲۸۳/۱.

۳۰. خویی، مصباح‌الفقاهه، ۴۲/۲.

۳۱. خویی، مصباح‌الفقاهه، ۳۲/۲.

۳۲. اصفهانی، حاشیه کتاب‌المکاسب، ۱۶/۱. اگر تعریف مالیت «ما یمیل الیه النوع و یرغبون فیہ» باشد، دیگر نمی‌توان گفت مالیت عنوانی اعتباری است و حقیقتی و رای اعتبار عقلا ندارد، بلکه باید آن را عنوانی انتزاعی دانست؛ زیرا منشأ انتزاع آن - یعنی رغبت عقلا - حقیقتاً وجود دارد و صرف فرض فاض نیست، مگر اینکه گفته شود مراد محقق اصفهانی از اعتباری، همان انتزاعی است، کما اینکه ممکن است چنین چیزی به قرینه ادامه کلام ایشان برداشت شود.

۳۳. طباطبایی حکیم، منهاج‌الصالحین، ۵۱/۲.

به آن دست یافت.^{۳۴} برای مثال، انسان برای اینکه گندم بخواهد باید زراعت کند یا اگر به دنبال طلا باشد باید سراغ معدن آن برود.

این دیدگاه نتیجه دو امر یادشده را اختلاف در مالیت اموال معرفی می‌کند. به دیگر بیان، مالیت را امری نسبی می‌داند که برای تشخیص آن باید «مقدار نیاز افراد» و «کاری که برای وصول به آن اموال صرف شده» مد نظر قرار گیرد. بنابراین آب در کنار رودخانه مال محسوب نمی‌شود، ولی همین آب را در فضایی دور از رودخانه می‌توان مال تلقی کرد و هرچه فاصله آب از رودخانه بیشتر شود، مقدار مالیت آن افزایش می‌یابد. البته دو خصوصیت ذکرشده درباره چیزهایی است که اولاً و بالذات مورد رغبت قرار گیرند، اما اموال دیگری نیز وجود دارند که مالیت آن‌ها به این دلیل است که به عنوان عوض در معاملات قرار می‌گیرند و اولاً و بالذات هیچ‌گونه نیازی به آن‌ها وجود ندارد؛ همچون پول و جواهر.^{۳۵}

دیدگاه چهارم: محقق نائینی معتقد است چند چیز در مالیت شیء معتبر است:

۱. شیء دارای «منفعت» (قابلیت انتفاع از شیء با وجود بقای عین آن مانند سکونت در خانه) است یا «خاصیت» (توقف انتفاع از شیء بر از بین رفتن عین آن، مانند توقف سیری بر خوردن نان) داشته باشد.
۲. در نظر عقلا اقتناء و نگهداری آن به لحاظ منفعت یا خاصیتی که بر آن مترتب است صحیح باشد؛ چراکه استفاده از آن به صورت دائمی مورد نیاز انسان باشد، مانند گندم یا اینکه در بعضی از مواقع مورد نیاز باشد، مانند دارو که تنها به دلیل بیماری استفاده می‌شود. بنابراین اگر چیزی دارای منفعت یا خاصیتی باشد ولی به سبب شیوع وجودی‌اش، نگهداری آن از نظر عقلا صحیح نباشد، مال محسوب نمی‌شود؛ مانند شن و سنگ‌های بیابان.^{۳۶}
۳. چیزی باشد که عقلا در ازای آن بها پرداخت کنند اما اگر به گونه‌ای نباشد که عقلا حاضر به

۳۴. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱/۱۶۵.

۳۵. ایروانی، حاشیه المکاسب، ۱/۱۶۵.

۳۶. گفتنی است برخی ملاک دیگری را برای احراز مالیت چیزی بیان کرده‌اند که با قابلیت اقتناء تفاوت ظریفی دارد و آن «قابلیت اختصاص» است؛ یعنی آن چیز بتواند به شخص یا ملت معینی اختصاص یابد؛ بدین معنا که اگر چیزی حتی شیوع وجودی نیز نداشته باشد اما هیچ‌کس نتواند راجع به آن ادعای مالکیت انحصاری کند، مال به شمار نمی‌آید؛ مانند ماه یا خورشید (نک: کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۹). مطهری در بیان یکی از شروط مال می‌نویسد: «اگر چیزی باشد که افراد نتوانند [آن را] به خود اختصاص دهند، از اختیار افراد خارج باشد، ولو آنکه وافر و بیش از مقدار لازم نباشد باز هم مالیت ندارد؛ مانند باران یا نسیم.» (مطهری، نظری به نظام اقتصادی اسلام، ۶۲، ۶۳) شاید از همین باب است که برخی (نک: جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ۳۸ تا ۴۰؛ نورمفیدی، درس خارج فقه، ۱۴۰۱/۱۰/۲۷) قید «قابل نقل و انتقال بودن» را در تبیین مفهوم مال مطرح کرده‌اند که البته این به معنای نقل و انتقال خود شیء نیست، بلکه منظور آن است که بتوان آن را از تحت سلطنت شخصی خارج و داخل در سلطنت دیگری قرار داد. چه بسا بعضی از امور با اینکه منفعت دارند اما به دلیل آنکه قابلیت نقل و انتقال ندارند مال محسوب نشوند؛ مانند آن دسته از اعضای بدن انسان که دست‌کم تا امروز امکان پیوند آن به دیگری وجود ندارد.

پرداخت مال در مقابلش باشند، مال به شمار نمی‌رود؛ مانند آب در کنار رودخانه.^{۳۷} محقق نائینی با این شرط به نوعی به مشخصه «کمیاب بودن» اشاره می‌کند؛ چراکه اگر چیزی فراوانی داشته باشد مانند آب در کنار رودخانه (بر فرض که مثلاً آب رودخانه نیز قابل شرب باشد)، عقلاً در برابر آن بهایی نمی‌پردازند.

۴. منفعت یا خاصیتی که به عنوان مقوم مال شمرده شده است مورد نهی شارع قرار نگرفته باشد؛ مانند شراب و امثال آن.^{۳۸}

براین اساس، باید گفت چیزی مانند شراب، تمامی خصوصیات گفته شده را داراست، به طوری که بنابر تصریح قرآن کریم^{۳۹} منافی نیز در کنار ضررهای فراوان دارد، از طرفی درخور اقتناء نیز هست و همچنین در مقابل آن بها پرداخت می‌شود اما به سبب فقدان شرط اخیر و اینکه شارع از آن نهی کرده است، مال محسوب نمی‌شود.

شیخ انصاری در این زمینه می‌گوید: «هر چیزی را که بتوان به آن وصیت کرد، به این دلیل که نزد عقلاً منفعت دارد، پس رواست که بیع آن [نیز] جایز باشد؛ مگر آنچه را که دلیل [شرعی] از باب تعبد بیانگر ممنوعیت و عدم جوازش باشد.»^{۴۰}

محقق خویی نیز می‌نویسد: «مالیت هر چیزی به اعتبار وجود منافع حلال در آن چیز است؛ پس آنچه منفعت حلال ندارد (مانند شراب و خوک) مال نیست.»^{۴۱}

دیدگاه پنجم: حکیم در تعریف مال، برخلاف بیشتر فقها پیش از آنکه به خصوصیات مال اشاره کند، به ماهیت مال توجه کرده است. از نظر ایشان، مالیت، اعتباری عقلایی است که ناشی از میزان مقبولیت و مرغوبیت آن نزد مردم است؛ بدین معنا که گاهی عقلاً در موردی برای چیزی اعتبار مالیت می‌کنند و در جای دیگر همان چیز را مال نمی‌دانند؛ مثلاً ممکن است کسی برای تحصیل یک برگه کاغذ حاضر نباشد بهایی بپردازد اما گاهی یک برگه کاغذ مصداق مال محسوب می‌شود، مانند اوراقی که نشان‌دهنده اولویتی است؛ نظیر فیش حج، کوپن ارزاق و بلیت قطار. بنابراین مالیت امری حقیقی نیست، بلکه اعتباری است که گاهی به جعل جاعلی چیزی دارای ارزش می‌شود و مردم برای اکتساب آن رغبت می‌یابند. ایشان

۳۷. درباره مالیت چیزهایی همچون یک دانه گندم که به سبب قلت آن نمی‌توان از آن بهره برد، اختلاف وجود دارد (نک: نائینی، المکاسب و البیع، ۳۶۵/۲).

۳۸. نائینی، المکاسب و البیع، ۳۶۴/۲ و ۳۶۵.

۳۹. بقره: ۲۱۹.

۴۰. انصاری، کتاب المکاسب، ۱۵۷/۱.

۴۱. خویی، مصباح الفقاهة، ۴/۲.

می‌گوید: «مالیت، اعتباری عقلایی است که منشأ آن، وجود غرض [و خصوصیتی] در یک شیء است که موجب ایجاد رغبت مردم بدان می‌شود، به طوری که برای [به دست آوردن] آن رقابت می‌کنند، بر یکدیگر پیشی می‌گیرند و با هم نزاع و کشمکش می‌کنند؛ خواه برای رفع نیازهای اولیه انسان همچون خوراک باشد یا برای رفع نیازهای عرضیه [و ثانویه] مانند دارو یا آنکه برای به دست آوردن لذت مانند بعضی از میوه‌ها و نوشیدنی‌ها باشد. البته صرف وجود منفعت به رقابت نمی‌انجامد، بلکه آن چیز باید کمیاب (عزیزالوجود) نیز باشد؛ بنابراین آب در کنار رودخانه و نیز هیزم در جنگل مال محسوب نمی‌شوند.»^{۴۲}

بنابراین از نظر حکیم اولاً مالیت امری اعتباری است؛ ثانیاً مال باید دارای مشخصات زیر باشد:

۱. منفعت داشته باشد (چه برای رفع نیازهای اولیه، چه ثانویه یا اساساً برای لذت باشد)؛

۲. مورد رغبت مردم باشد؛

۳. موجب رفع نیاز شود؛

۴. کمیاب باشد و برای دسترسی به آن محدودیت وجود داشته باشد تا تقاضا نسبت به آن صورت

پذیرد.

لازم به ذکر است که پیش از این علما به شرط «کمیاب بودن» تصریح نکرده بودند، هرچند که ممکن بود از کلام آن‌ها این شرط برداشت شود. کمیاب بودن، قیدی است که صراحتاً در این تعریف از مال ذکر شده است.

دیدگاه ششم: برخی معتقدند مال، چیزی است که تبدیل شدن به ثمن باشد. عمید زنجانی ضمن اشاره به این تعریف در نقد آن می‌نویسد: «ضابطه مالیت در اشیا هرچند مرتبط با خصوصیت هر شیء است و به همین لحاظ قابل حصر نیست، لکن به دلیل مشترکاتی که در بین این خصوصیات وجود دارد قابل ضابطه‌مند بودن می‌باشد. با این نگاه باید در تعریف مالیت به قابل تبدیل به ثمن تردید نمود؛ زیرا بسیاری از اشیا مالیت و ارزششان به منافع معنوی و ارزش‌های غیرمادی است و برخی نیز از معرکه حق می‌باشد.»^{۴۳} مهم‌ترین مشخصات و ویژگی‌هایی را که فقها برای احراز مالیت چیزی بیان کرده‌اند می‌توان به طور خلاصه در جدول زیر نشان داد:

۴۲. حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱.

۴۳. عمید زنجانی، قواعد کلی عقود البیع و المتاجر، ۲۰۷.

مشخصات «مال» در تعاریف شش‌گانه	منفعت عقلایی داشته باشد	مورد رغبت عقلا باشد	مورد نیاز مردم باشد	کمیاب باشد	قابل ذخیره‌سازی (آذخار) باشد	قابل اقتناء و اختصاص باشد	تتها با انجام دادن کاری بتوان به آن دست یافت	مورد نهی شرع قرار نگرفته باشد	قابل تبدیل به ثمن باشد
دیدگاه اول	✓								
دیدگاه دوم		✓			✓				
دیدگاه سوم			✓				✓		
دیدگاه چهارم	✓			✓		✓		✓	
دیدگاه پنجم	✓	✓	✓	✓					
دیدگاه ششم									✓

جدول شماره ۱

باتوجه به مطالب گفته شده و برای جمع میان کلام فقها می‌توان مهم‌ترین شاخصه‌های مال را این گونه در کنار هم قرار داد:

مال، اعتباری عقلایی است (دیدگاه پنجم) که تکویناً قابلیت ذخیره‌سازی (دیدگاه دوم) و از نظر عقلا قابلیت اقتناء (نگهداری) و اختصاص (دیدگاه چهارم) دارد و دارای منفعت عقلایی است (دیدگاه اول، چهارم و پنجم) که در اثر آن عقلا به دلیل رفع نیازهای دنیوی و اخروی خود (دیدگاه سوم) بدان میل و رغبت دارند (دیدگاه دوم و پنجم). گفتنی است فرقی ندارد که نیازهای انسان به مال، بالذات (مانند غذا) باشد یا بالعرض (مانند پول) (دیدگاه سوم). همچنان که فرقی ندارد نیاز بالذات، اولی باشد (مانند غذا) یا ثانوی (مانند دوا) یا اساساً رفاهی و برای به دست آوردن لذت باشد (مانند بعضی از میوه‌ها) (دیدگاه پنجم). باید توجه داشت که صرف موارد گفته شده، برای مال بودن چیزی کافی نیست، بلکه دو شرط دیگر نیز لازم است: اول آنکه، آن چیز نباید به گونه‌ای باشد که به سبب فراوانی اش همچون آب در کنار رودخانه (دیدگاه چهارم و پنجم) یا به دلیل کمی آن همچون یک دانه گندم (دیدگاه چهارم) عقلا حاضر به پرداخت مال در

مقابلش نباشند. دوم آنکه، نباید در شریعت از آن چیز نهی شده باشد (مانند شراب) (دیدگاه چهارم).

۱.۳. نقد و بررسی دیدگاه‌ها

دیدگاه‌های مطرح‌شده و مشخصه‌هایی که در تعریف از مال ذکر شده است نوعاً مبتلا به اشکال/اشکالاتی هستند که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

۱.۳.۱. منفعت عقلایی داشتن

این قید به‌تنهایی نمی‌تواند مشخصه خوبی برای مالیت چیزی باشد؛ زیرا اولاً صرف برخورداری چیزی از منفعت یا حتی منفعت عقلایی - که هدفی عقلایی را تأمین کند -^{۴۴} برای مالیت آن چیز کافی نیست؛ چراکه چیزهایی مانند هوا با اینکه منفعت عقلایی و حیاتی دارند اما در عرف مال محسوب نمی‌شوند و کسی حاضر نیست در حالت عادی - که در دسترس همگان است - چیز ارزشمندی برای تحصیل آن دهد. بنابراین وجود منفعت برای تحقق مالیت شرط لازم است، نه کافی.

افزون‌بر آن، اشاره شد که محقق نائینی (دیدگاه چهارم) در قید اول تعریف خود به دو کلمه «منفعت» و «خاصیت» اشاره می‌کند. از نظر ایشان منفعت در جایی است که خود مال باقی است و می‌توان از آن استفاده کرد (مانند سکونت در خانه)، در حالی که خاصیت در جایی است که وقتی از چیزی استفاده می‌شود، خود آن از بین می‌رود (مانند خوردنی‌ها). به نظر می‌رسد ذکر کلمه منفعت کافی است، نهایت آنکه می‌توان گفت منفعت به دو شکل است: گاهی همراه با بقای عین است و گاهی همراه با زوال آن. ثانیاً منظور از منفعت عقلایی چیست؟ آیا منظور آن است که شیء نزد تمامی یا دست‌کم بیشتر عقلاً منفعت داشته باشد یا صرف منفعت‌داشتن نزد شخص یا گروهی خاص برای صدق منفعت عقلایی داشتن کافی است؟ به‌دیگر بیان، آیا ملاک مالیت شیء، منفعت فراگیر است یا شخصی؟ در این باره دو نظریه کلی وجود دارد که به‌دلیل اهمیت این مطلب به‌طور مختصر بدان اشاره می‌شود:

أ. **فراگیربودن منفعت:** ظاهر کلام بیشتر فقها بیانگر آن است که منفعت باید فراگیر باشد و منفعت شخصی - که برای فرد یا افرادی خاص مطرح می‌شود - مالیت به وجود نمی‌آورد. فراگیری منفعت نیز با بدین شکل است که شیء نزد تمامی عقلاً دارای منفعت باشد، همچنان‌که برخی در این زمینه از تعبیر «عموم العقل» استفاده کرده‌اند^{۴۵} یا بدین صورت است که آن شیء حداقل برای اغلب عقلاً دارای فایده باشد. صاحب‌جواهر می‌گوید: «بیع... آنچه غالباً [نزد عقلاً] منفعت درخور اعتنا ندارد؛ مانند حشرات، عقرب‌ها، کرم‌ها و سایر حشرات و فضولات منفصله از انسان؛ مانند مو، ناخن و رطوباتش به‌جز شیر

۴۴. جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ۴۲.

۴۵. نک: طباطبایی حکیم، منهاج الصالحین، ۵۱/۲.

صحیح نیست.^{۴۶}

با ذکر این نکته که ایشان صحیح نبودن بیع مواردی که غالباً فاقد منفعت معتد بهاست را از باب عدم مالیت آن‌ها می‌داند،^{۴۷} باید گفت قید «غالباً» در کلام وی بیانگر آن است که صرف داشتن منفعت شخصی، برای مال بودن چیزی کافی نیست.^{۴۸}

ب. شخصی بودن منفعت: در مقابل نظر اول، از کلام برخی دیگر از فقها استفاده می‌شود که در مالیت چیزی، وجود منفعت شخصی کافی است. برای مثال، اگر کسی حاضر باشد در ازای به‌دست آوردن فلان یادگاری جدّ اعلاّی خود که نزد دیگری بی‌ارزش است مبلغ زیادی بپردازد، این معامله نزد عقلا صحیح است.^{۴۹} این دسته از فقها معتقدند دلیلی بر سلب احکام مالیت مواردی که منفعتشان شخصی است وجود ندارد و نیز عرف این موارد را نیز مال به شمار می‌آورد. حکیم از قائلان به این نظریه است و

۴۶. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳/۴۳/۲۲.

۴۷. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳/۴۴/۲۲.

۴۸. برخی از فقها معتقدند بیع چیزی که منفعت قابل اعتنا (معتدبها) ندارد صحیح نیست؛ زیرا این‌ها اساساً بر آن‌اند چیزهایی که منفعت نادره دارند، بسان اشیایی می‌مانند که هیچ منفعتی ندارند و در نتیجه، نمی‌توان آن‌ها را مال دانست (نک: علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۶/۱۰). برای مثال، بحرانی در کلامی مشابه کلام صاحب‌جواهر، بیع مواردی را به‌دلیل عدم صدق شرعی و عرفی مال بر آن‌ها صحیح نمی‌داند (بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۲۹/۱۸). ایشان معتقد است اگر برای بعضی از این اشیاء خاصیتی ذکر شد که عقلایی نیست، وجود منفعت در آن صدق نمی‌کند؛ زیرا چنین منفعتی، منفعت قابل اعتنای عقلایی به شمار نمی‌آید (بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۳۰/۱۸). شیخ انصاری در بیانی روشن‌تر می‌گوید: «در هریک از عوضین شرط است که مال باشند؛ زیرا بیع در لغت به‌معنای «مبادله مال به‌ازای مال» است و [فقها] با این شرط، از آنچه نزد عقلا منفعت ندارد احتراز جسته‌اند؛... مانند سوسک‌ها و کرم‌ها چون عرفاً سلب استفاده و نفی فایده از آن‌ها صحیح است.» (انصاری، کتاب المکاسب، ۹/۴)

نکته مهم آنکه، اگر «منفعت نادره» در کلام فقها بدین معنا باشد که چیزی به‌ندرت مبادله می‌شود، این مفهوم را می‌توان با معنای «منفعت شخصی» یکسان دانست، اما اگر نادر بودن، وصف خود منفعت (نه وقوع مبادله) باشد - که حق نیز همین است - به نظر می‌رسد میان «منفعت نادره» با «منفعت شخصی» تفاوت دقیقی وجود خواهد داشت و نباید آن دو را یکی انگاشت؛ چرا که منفعت نادره - برخلاف منفعت شایعه - آن است که کسی به آن اعتنایی ندارد، درحالی‌که منفعت شخصی آن است که افراد اندکی به آن توجه می‌کنند. به‌دیگر بیان، یک چیز اساساً اگر مورد رغبت و به‌تبع، مورد مبادله قرار گیرد، چنین چیزی کاشف از آن است که آن شیء دارای منفعت بوده است (ولو نزد یک شخص)، اما نادر بودن منفعت چیزی بدین معناست که منفعت آن شیء به شکلی نیست که مورد رغبت و به‌تبع، مورد مبادله واقع شود و مال به شمار آید؛ ازاین‌رو شیء نادرالمنافع در حکم چیزی دانسته شده است که هیچ منفعتی ندارد؛ این در حالی است که اگر چیزی مورد معامله قرار گرفت، معلوم می‌شود که منفعت آن نادره نیست و معامله موصوف، صحیح است. شاید به همین سبب است که شیخ انصاری در جای دیگر با موضوعی متفاوت و در پاسخ به کلام علامه حلی در تذکرة مبنی بر بطلان بیع مواردی مانند زالو برای مکیدن خون و کرم مرده ابریشم برای ماهیگیری به‌دلیل نادر بودن منفعت آن‌ها و به‌تبع مالیت‌نداشتن آن‌ها می‌گوید: «لا مانع من التزام جواز بیع کُلِّ مَا لَهُ نَفْعٌ مَا؛ مانعی نیست که جواز بیع هر آنچه منفعتی دارد را بپذیریم.» (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۵۸/۱) ایشان در ادامه بیان می‌دارد که بر فرض شک‌داشتن در مال بودن چنین چیزهایی که منفعتی دارند، ممکن است بتوان آن‌ها را مشمول عموماً (و اطلاقاً) تجارت و... دانست و حکم به صحت معاوضه کرد (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۵۸/۱).

البته ناگفته نماند مثال‌هایی همچون حشرات و عقرب‌ها اگرچه ممکن است در زمان گذشته مال محسوب نمی‌شده‌اند و کسی حاضر نبود در مقابل به‌دست آوردن آن بهایی پرداخت کند ولی امروزه قطعاً این‌گونه نیست؛ چرا که مثلاً از زهر عقرب برای درمان بیماری و... استفاده می‌شود. شیخ انصاری با اینکه خود به‌نوعی به مسئله نسبی بودن مالیت اذعان دارد (انصاری، کتاب المکاسب، ۲۷/۱، ۱۵۶)، معتقد است معامله نطفه به‌دلیل منفعت‌نداشتن حرام است (انصاری، کتاب المکاسب، ۲۹/۱)، حال آنکه امروزه مورد استفاده قرار می‌گیرد. این امر به‌دلیل آن است که عنوان مال، عنوانی عرفی است و مصادیق آن به‌حسب نظر عرف ممکن است در طول زمان تغییر کند. همان‌گونه که ممکن است چیزی در زمانی مال باشد اما در زمان‌های بعدی از ارزش و مالیت بیفتد؛ مثل بعضی کفش‌ها و لباس‌هایی که در زمان‌های سابق استفاده می‌شده است اما در عرف امروز کسی حاضر به پرداخت مالی برای به‌دست آوردن آن‌ها نیست.

۴۹. نک: منتظری، درامات فی المکاسب، ۴۲۳/۲.

برای مالیت داشتن چیزی تعلق غرض نوعی به آن چیز را شرط ندانسته و این گونه مثال می‌زند که اگر غرض پادشاهی به جمع کردن خاکستر تعلق بگیرد و اعلان کند هرکس برای من فلان مقدار خاکستر بیاورد فلان مقدار پول به او می‌دهم، در این صورت آن خاکستر مالیت پیدا می‌کند؛ چراکه عده‌ای به دنبال جمع‌آوری آن افتاده‌اند.^{۵۰}

کلام صاحب عروة در شرط نبودن منفعت فراگیر، صراحت بیشتری دارد و از آن استفاده می‌شود که برای مال بودن چیزی، منفعت داشتن آن چیز برای یک نفر هم کافی است. ایشان می‌گوید: «به مقتضای قاعده، بیع هر چیزی که غرض عقلایی به آن تعلق بگیرد جایز است... و این ادعا که "تعلق غرض شخص خاص کافی نیست، زیرا بر آن چیز مال صدق نمی‌کند..." صحیح نیست.»^{۵۱} بنابراین، از نظر صاحب عروة وجود غرض حتی برای یک نفر در مالیت چیزی کافی است.

امام خمینی نیز می‌نویسد: «بر فرض که در صدق بیع، مالیت عوضین معتبر باشد، شرط نیست که نزد نوع عرف مال باشد، بلکه اگر شیء در نگاه گروهی یا در ناحیه‌ای دارای خاصیت باشد، بیع آن صحیح است.»^{۵۲}

به نظر می‌رسد قول صحیح آن است که برای مالیت چیزی، وجود منفعت شخصی در آن چیز کفایت می‌کند و نیازی به فراگیر بودن منفعت آن نیست. اما نکته بسیار مهم آنکه، رفتار عقلایی با رفتار فراگیر متفاوت است و به معنای شیوع آن در میان عقلا نیست، بلکه اگر از نظر عقلا رفتاری سفیهانه نباشد و مورد تأیید عقلا باشد، کافی است که به آن رفتار عقلایی اطلاق شود، هرچند به ندرت در جامعه اتفاق بیفتد؛ زیرا در این صورت عقلا آن غرض را -ولو آنکه شخصی باشد- می‌پسندند و قبول می‌کنند که اگر در جایگاه آن فرد خاص قرار گیرند ممکن است همان رفتارها و روابط را داشته باشند. بنابراین، عقلایی بودن منفعت لزوماً به معنای فراگیر بودن آن نیست. شاهد بر این مطلب آن است که اگر برای مالیت چیزی وجود غرض فراگیر ملاک باشد، عنوان مالیت از چیزهای بسیاری که مال بودن آن‌ها مسلم است سلب خواهد شد؛ مانند غذاها و میوه‌های برخی از مناطق جهان که بسیار یا بخشی از مردم دیگر مناطق از آن‌ها مشمنز و متفرنز یا بعضی از لباس‌ها که برای برخی از مردم پوشش مطلوب به شمار می‌آید، در حالی که در جایی دیگر کسی حاضر به پرداخت بهایی برای به دست آوردن آن‌ها نیست. از همین روست که محقق خویی به نوعی شخصی بودن منفعت را با عقلایی بودن آن قابل جمع دانسته و می‌نویسد: «بر فرض پذیرش اعتبار مالیت در بیع، کافی

۵۰. حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱.

۵۱. یزدی، حاشیة المکاسب، ۱۴/۱.

۵۲. خمینی، کتاب البیع، ۸/۳.

است که مبیع در نظر طرفین معامله مال محسوب شود به شرطی که [اعتبار مالیت برای آن چیز] عقلایی باشد، و لازم نیست که نزد عموم عقلا مال تلقی شود.^{۵۳}

تا اینجا روشن شد که برای آنکه چیزی دارای منفعت عقلایی باشد، داشتن منفعت شخصی کفایت می‌کند. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا عبارت منفعت عقلایی در کلام فقها نیز به همین معنا به کار رفته است؟ در پاسخ باید گفت: اگر منظور، فراگیری میان عقلا باشد نمی‌توان آن را دخیل در تحقق مالیت چیزی دانست اما اگر منظور رفتاری عاقلانه است (هرچند فراگیر نباشد)، مطلب صحیحی است.

پرسش دیگر آن است که کلمه «نوع» در عباراتی مانند «غرض نوعی» و «نوع عرف» که به ترتیب در کلمات حکیم و امام خمینی ذکر شده،^{۵۴} به چه معناست؟ به نظر می‌رسد این عبارات باید به همان منفعت عقلایی - و نه لزوماً منفعت فراگیر - اشاره داشته باشند، بدین معنا که نوع انسان عاقل آن غرض را - ولو آنکه شخصی باشد - می‌پسندد اما چه بسا بتوان گفت گاهی مراد فقها از روی تسامح از این عبارات، منفعت و غرض فراگیر است نه عقلایی، به ویژه هنگامی که عبارات یادشده را در مقابل غرض شخصی به کار برده‌اند. برای مثال، حکیم می‌نویسد: «[برای مالیت داشتن،] تعلق غرض نوعی به شیء شرط نیست؛ گاهی یک شخص [نسبت به چیزی] غرضی دارد که منجر به تعلق غرض نوعی به آن شیء می‌شود.»^{۵۵}

به نظر می‌رسد منظور ایشان از غرض نوعی در استعمال اول، غرض فراگیر و در استعمال دوم، غرض عقلایی است.

در هر حال، منفعت عقلایی داشتن به هر معنا که باشد نمی‌توان آن را شرط مالیت چیزی دانست؛ زیرا مواردی مانند سیگار (بدون در نظر گرفتن حرمت شرعی آن به دلیل ضرر داشتن) وجود دارند که مال به شمار می‌آیند، با اینکه نه تنها غرض فراگیر، بلکه حتی غرض عقلایی نسبت به آن وجود ندارد؛ اما آیا می‌توان خرید و فروش این موارد را باطل دانست؟

از همین جا وضعیت یکی دیگر از مشخصات ذکر شده برای مال، یعنی «مورد رغبت عقلا بودن» نیز معلوم می‌شود؛ زیرا اگر منظور آن است که چیزی مالیت دارد که مورد رغبت تمامی یا بیشتر عقلا باشد، به دلیل مردودیت اعتبار فراگیر بودن منفعت، چنین مطلبی صحیحی نیست، اما اگر به این معناست که چون عقلا در جایگاه آن فرد خاص قرار بگیرند به آن شیء رغبت پیدا می‌کنند، می‌توان این مشخصه را پذیرفت.

۵۳. خویی، مصباح الفقاهة، ۶۷/۱.

۵۴. حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱؛ خمینی، کتاب البیع، ۸/۳.

۵۵. حکیم، نهج الفقاهة، ۳۲۵/۱؛ نک: خمینی، کتاب البیع، ۸/۳.

چه بسا تعبیر «مورد رغبت بودن» تعبیر دقیق‌تری از «مورد رغبت عقلا بودن» باشد.^{۵۶}

۱. ۳. ۲. مورد نیاز مردم بودن

به نظر می‌رسد این قید مشخصه خوبی برای مال است و می‌تواند مکمل قیود «منفعت داشتن» و «مورد رغبت بودن» - که پیش از این بدان‌ها اشاره شد - باشد؛ بدین معنا که منفعت داشتن چیزی آنگاه مدنظر قرار می‌گیرد که بتوان با آن نیازی را برطرف ساخت. ضمناً فرقی ندارد که این حاجت و نیاز اولاً و بالذات باشد (مانند خوردنی، پوشیدنی و مسکن) یا ثانیاً و بالعرض باشد (مانند پول).

۱. ۳. ۳. کمیاب بودن

صرف فراوان نبودن نمی‌تواند مشخصه خوبی برای مال به شمار آید؛ زیرا مثلاً اگر فردی بخواهد در کنار رودخانه - که آب در آنجا فراوان است - بطری آبی را خریداری کند، آیا می‌توان گفت این آب مالیت ندارد و معامله مذکور باطل است؟ بنابراین، قید یادشده با اینکه در کلام تعدادی از فقها بیان شده است ملاک خوبی برای احراز مالیت چیزی به شمار نمی‌آید، می‌توان آن را در کنار «منفعت داشتن» عاملی برای «مورد رغبت بودن» دانست.

۱. ۳. ۴. قابل ادخار و اقتناء بودن

ممکن است نسبت به قید «قابل ذخیره سازی» این اشکال مطرح شود که برخی از چیزها قابلیت

۵۶. برخی معتقدند که اساساً آنچه اهمیت دارد وجود رغبت است، نه منفعت؛ زیرا ممکن است در مواردی چیزی همچون سیگار منفعت نداشته باشد (بلکه ضرر محض است) اما مورد رغبت مردم باشد و مال محسوب شود. اینان معتقدند در مثال سیگار منفعتی که وجود دارد، منفعتی موهوم است، نه منفعت واقعی و عقل آن را تصدیق نمی‌کند (ترابی، درس خارج فقه، ۱۳۹۹/۰۹/۱۸). حال، این پرسش مطرح می‌شود که اگر در خصوص چیزی رغبت وجود داشت اما در آن منفعت موجود نبود (مانند سیگار)، آیا این موارد مالیت دارند یا خیر؟

حق آن است که رغبت، تابع منفعت است و نمی‌توان موردی را تصور کرد که منفعت نداشته باشد اما مورد رغبت باشد (ولو برای یک شخص). درباره مثال سیگار نیز باید گفت که اتفاقاً مصرف آن برای خریدار منفعت روحی دارد؛ چراکه موجب آرامش خاطر او و مواردی از این قبیل می‌شود؛ به دیگر بیان، پیش از این اشاره شد که منفعت معنای وسیعی دارد، گاهی چیزی موجب رفع نیاز اولی می‌شود (مانند خوراک)، گاهی موجب رفع نیاز ثانوی می‌شود (مانند دارو) و گاهی از باب لذت بردن است (مانند سیگار). شهید مطهری در تعریف خود از «مال» به نوعی به این مطلب اشاره می‌کند و می‌گوید: «ثروت یا مال عبارت است از: هر چیزی که یکی از حوایج طبیعی یا اعتباری، ضروری یا تجملی بشر را برآورد.» (مطهری، نظری به نظام اقتصادی، ۴۴). در این مورد نیز مصرف سیگار برای عده‌ای لذت بخش است، بنابراین سیگار منفعت دارد. به دیگر بیان، منفعتی که ملاک مالیت چیزی است؛ اعم است از منفعت واقعی و منفعت موهوم (مصرف سیگار در واقع برای بدن ضرر دارد اما خریدار آن را دارای منفعت تصور می‌کند و به تبع، برای به دست آوردن آن رغبت دارد). از همین باب می‌توان اشکالی را به کلام امام خمینی وارد ساخت، زیرا ایشان معتقد است چیزی که مطلقاً منفعتی نداشته باشد، اگر در خرید و نگهداری آن غرضی سیاسی یا غیرسیاسی از اغراض عقلایی وجود داشته باشد، سبب رغبت مردم به خرید آن می‌شود و همین تقاضا منشأ به وجود آمدن مالیت در آن شیء می‌شود (خمینی، المکاسب المحرمه، ۱/۱۶۴). اشکال این سخن آن است که همان‌طور که گفته شد اگر رغبتی راجع به چیزی وجود داشت، به سبب وجود منفعت در آن چیز بوده است؛ خواه منفعت ذاتی باشد، خواه عارضی یا اساساً رفاهی و تجملی؛ پس اگر غرضی تعلق گیرد به چیزی که به نظر می‌آید منفعتی ندارد، در واقع همین را می‌توان نشانگر وجود منفعتی در آن شیء به شمار آورد. بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان وجود رغبت را بدون وجود منفعت در نظر گرفت (نک: صدر، اقتصادنا، ۱۹۷). البته باید در نظر داشت هر منفعتی لزوماً رغبت را به دنبال ندارد؛ زیرا ممکن است چیزی منفعت داشته باشد اما به دلیل فراوانی و در دسترس بودن آن، رغبتی برای به دست آوردن آن وجود نداشته باشد؛ مانند آب در کنار رودخانه.

ذخیره کردن ندارند با اینکه در مال بودن آن‌ها تردیدی وجود ندارد؛ مانند برخی از خوراکی‌هایی که فوری فاسد می‌شوند اما این اشکال وارد نیست؛ چراکه ذخیره شدن هر چیزی به حسب خودش است و از نظر عرف واضح است که قابلیت بقای چیزی مانند شاخه گل با چیزی مانند خودرو متفاوت است؛ به همین دلیل است که مردم یک شاخه گل را مال به شمار می‌آورند و برای خرید آن بها می‌پردازند.

به نظر می‌رسد قید «قابل اقتناء بودن» نیز از تحلیل مفهوم عرفی مالیت برداشت شدنی است و به نوعی می‌تواند نشان‌دهنده رغبت عقلا به آن چیز باشد؛ هرچند صرف نظر از این مطلب، در ادامه خواهد آمد که مفهوم مال نزد عرف واضح است و اساساً برای شناساندن آن نیازی به تکلف و ذکر چنین قیودی نیست.

۱. ۳. ۵. عدم امکان دستیابی به آن بدون انجام دادن کاری

شرط «عدم امکان الوصول إلیه بلا إعمال عمل» برای مالیت چیزی پذیرفتنی نیست؛ زیرا: اولاً، برخی از چیزها در نظر عرف و عقلا مال محسوب می‌شوند ولی برای دسترسی به آن‌ها هیچ‌گونه تلاش و کوششی صورت نمی‌گیرد؛ مثل درختان خودرو و جنگلی که در بعضی باغستان‌ها به وجود می‌آید و صاحب باغ بدون آنکه کم‌ترین تلاشی برای تولید و رشد آن‌ها انجام داده باشد می‌تواند آن درختان را به قیمت فراوان بفروشد؛ دست‌کم، ارزش و مالیت آن‌ها هیچ‌گونه تناسبی با میزان کار و تلاشی که صرف آن‌ها می‌شود ندارد و ارزش و مالیت آن‌ها به مراتب بیشتر از کار و تلاشی است که در تحصیل آن‌ها بذل می‌شود.

ثانیاً، مواردی همچون ماهی‌های در دریا - که در آن‌ها عمل حیازت لازم است - قبل از اعمال حیازت نیز مال محسوب می‌شوند در حالی که این قید ظهور در این دارد که تنها زمانی مال به شمار می‌روند که حیازت شوند. بنابراین، این قید وجهی ندارد؛ زیرا لازمه‌اش آن است که تحقق مالیت پس از اعمال عمل باشد. به نظر می‌رسد ذکر این قید ناشی از خلط میان دو مفهوم «مالیت» و «ملکیت» است که با توجه به مطالب پیش گفته روشن شد که نسبت آن دو تساوی نیست.

ثالثاً، اگر صرف کار ملاک ارزش و مالیت باشد، در تعیین قیمت مشکل به وجود می‌آید. برای مثال، کالای «الف» با نیم ساعت کار درست می‌شود و کالای «ب» با پنج ساعت کار، پس باید گفت ارزش کالای «الف» ده برابر ارزش کالای «ب» است، در حالی که لزوماً این‌گونه نیست؛ چراکه کارها از نظر کمیت و کیفیت با هم تفاوت دارند. همچنین گاهی میل و رغبت مردم به مواردی که کار کمتری برده شده بیشتر از آن چیزهایی است که کار زیادی روی آن‌ها انجام شده است. همچنین گاهی نیاز بشر به مواد خام - با اینکه کاری روی آن‌ها انجام نشده است - به دلیل کمیاب شدن آن موجب بالارفتن مالیت آن می‌شود.

بنابراین انجام دادن کار نمی‌تواند ملاکی برای احراز مالیت قرار گیرد، نهایتاً می‌توان چنین گفت که این

معیار را می‌توان فی‌الجمله معیاری برای تعیین مالیت دانست، نه بالجمله.

۱. ۳. ۶. مورد نهی شرعی نبودن

گفته شد که محقق نائینی با بیان این قید معتقد است که مال باید منفعت حلال داشته باشد. برای مثال، «خمر» به تصریح قرآن کریم با اینکه در کنار ضررهای فروان منافعی نیز دارد^{۵۷} اما مالیت ندارد؛ زیرا در شریعت از آن نهی شده است. کلام محقق خویی^{۵۸} و ظاهر کلام شیخ انصاری^{۵۹} نیز بر همین مطلب دلالت دارد.

در مقابل، برخی معتقدند که نهی شارع موجب از بین رفتن مالیت شیء نمی‌شود، بلکه موجب می‌شود که آن چیز، دست‌کم برخی از آثار مال را نداشته باشد و مثلاً معامله آن جایز نباشد.^{۶۰}

۲. صحت‌سنجی عنوان «مال شرعی»

آنچه به نظر صحیح می‌آید دیدگاه امام خمینی است؛ یعنی مالیت برخلاف نظر برخی از فقها همچون حکیم - که آن را امری اعتباری می‌دانستند - عنوانی عرفی انتزاعی است و تنها راه احراز مالیت چیزی، توجه به معاوضات عرفیه و تحلیل رفتار عقلا در ارتباط با آن است؛ از این‌روست که امکان ندارد هیچ معتبری یک امر انتزاعی - که منشأ خارجی دارد - را ملغاً کند، نهایت آنکه می‌تواند بعضی یا تمام آثار اعتباری آن امر انتزاعی را اعتبار نکند. برای مثال، نمی‌شود مالیت شراب را ساقط کرد اما می‌توان از معامله آن نهی کرد. به‌دیگر بیان، برخی از اشیای عالم به دلیل فوایدی که دارند مورد رغبت‌اند و از آنجاکه به‌طور فراوان در دسترس نیستند مورد عرضه و تقاضا قرار می‌گیرند؛ در نتیجه برای آن‌ها عنوان مالیت انتزاع می‌شود. از طرفی، شارع بما هو شارع می‌تواند متعلق احکام را - که فعل مکلف است - مدّ نظر قرار دهد و برای آن، حکم شرعی جعل و اعتبار کند. برای مثال، از شرب شراب نهی کند و معامله آن را باطل اعلام کند؛ زیرا اعتبار شارع تابع مصالح و مفاسد است و مصالح و مفاسد نیز در افعال مکلفان است، اما در خود عناوین عرفی و عقلایی همچون مالیت، هیچ‌گونه مصلحتی نهفته نیست تا شارع آن را اسقاط کند که چنین کاری لغو و بیهوده خواهد بود. اگر مردم نهی شارع را پذیرفتند، در آن صورت ممکن است آن شیء از عنوان مالیت در نزد آنان ساقط شود، اما اگر شارع هزاران بار بگوید من عنوان مال را از شراب ساقط کردم ولی مردم همچنان آن را معامله و مصرف کنند، هرگز از عنوان مال بودن ساقط نمی‌شود.

۵۷. بقره: ۲۱۹.

۵۸. خویی، مصباح الفقاهة، ۴/۲.

۵۹. انصاری، کتاب المکاسب، ۱۱۶/۱.

۶۰. نک: خمینی، کتاب البیع، ۹/۳، ۱۰.

پس آنچه پذیرفتنی می‌نماید، دیدگاه دوم است و براین اساس نمی‌توان مشخصه «منهی عنه نبودن» را دخیل در مفهوم مالیت دانست.

براساس آنچه گفته شد معلوم می‌شود که عناوین «مال شرعی» و «مالیت شرعی» از اساس عناوینی نادرست است که از روشن نشدن عرفی-انتزاعی بودن عنوان مالیت نشئت می‌گیرد. مؤید این مطلب آن است که هنگام مراجعه به آیات قرآن و روایات هیچ‌گاه روایت یا آیه‌ای یافت نخواهد شد که شارع و معصوم (ع) معامله‌ای را به دلیل مال نبودن ثمن یا مضمن باطل اعلام کند؛ هرچند ممکن است معامله با آن مال از جهت صدق عناوینی همچون غرر، ضرر و اکل مال به باطل صحیح نباشد.^{۶۱}

۳. دیدگاه برگزیده

«مالیت» از عناوین انتزاعی است^{۶۲} و روش شناخت عناوین انتزاعی که از نحوه ارتباط انسان با اشیای خارجی انتزاع می‌شود، روش خاصی است که خلاصه آن عبارت است از: تحلیل روانی رفتار عرف و عقلا و کشف ارتکازات ذهنی آن‌ها در ارتباط با اشیای خارجی. درباره عنوان مالیت هم باید از همین روش استفاده کرد تا ارتکازات ذهنی عرف و عقلا را در ارتباط با اشیای خارجی به دست آورد. ازاین‌رو، برخی از فقها درصدد آن برآمده‌اند که این ارتکازات را ضابطه‌مند کنند و به عنوان تعریف یا بیان ماهیت مال ارائه کنند. تعاریفی که افراد از دیدگاه‌های مختلف اما با روش یادشده برای عنوان مال و مالیت ارائه داده‌اند، واقعی‌تر می‌نماید.

به نظر می‌رسد - همان‌گونه که لغت‌دانان نیز گفته‌اند که «المال معروف» - مال برای عرف مفهومی روشن و واضح دارد و برای تعریفی مانع و جامع از آن، نیازی به این همه تکلف و خود را به زحمت انداختن نیست؛ زیرا مردم در زندگی روزمره خود معمولاً بدون آنکه با مشکلی در این زمینه مواجه شوند مال را تشخیص می‌دهند. پیش از این نیز گفته شد که در کتب فقهی هم نوعاً به مفهوم‌شناسی «مالیت» و «مال» نپرداخته‌اند که این مطلب نشانگر آن است که مال در اصطلاح فقها چندان تفاوت معنایی با مال نزد عرف و اهل لغت نداشته است.

۶۱. برخی در تأیید این دیدگاه به روایتی که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده تمسک جسته‌اند: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ» (ابن‌ابی‌جمهور، عوالی اللئالی، ۱۱۰/۲)؛ زمانی که خداوند چیزی را حرام کند، ثمنش را نیز حرام می‌کند. این روایت بدان معناست که معامله آن چیز حرام است اما نه اینکه آن چیز دیگر مال نباشد.

۶۲. نک: خویی، مصباح الفقاهة، ۳/۲، ۴؛ ۴۲/۲؛ مطهری، نظری به نظام اقتصادی اسلام، ۱۱۷. برخلاف نظر فقهایی همچون حکیم که مال را امری اعتباری می‌دانست، باید با امثال محقق خویی هم‌داستان شد و مال را امری انتزاعی دانست؛ به همین دلیل است که هیچ معیبری نمی‌تواند امری انتزاعی - که منشأ خارجی دارد - را ملغاکند، نهایت آنکه می‌تواند برخی از آثار اعتباری امور انتزاعی را اعتبار نکند.

شاید به سبب چنین وضوحی است که برخی از فقها در تعریف مال گفته‌اند: «الْمَالُ مَا يُبَدَّلُ بِإِزَائِهِ الْمَالُ» (مال، چیزی است که به ازای آن، مال داده می‌شود)؛^{۶۳} یعنی اگر در مقابل چیزی، چیز دیگری که مالیت دارد بذل شود، آن چیز اول مال به شمار می‌آید.

شایان ذکر است که برخی معتقدند که این تعریف دوری است؛ چراکه در تعریف مال، از کلمه مال استفاده شده است. بجنوردی می‌نویسد: «تعریف مال به آنچه در مقابل آن مالی داده می‌شود - آن گونه که ازسوی برخی ارائه شده - تعریفی لفظی است، وگرنه در آن دور واضحی است.»^{۶۴}

اما به نظر می‌رسد اشکال دوری بودن به این تعریف وارد نیست؛ زیرا وقتی گفته می‌شود مال آن است که به ازای آن مالی داده می‌شود، بدین معناست که اگر چیزی مشکوک‌المالیه بود اما در بازار به ازای آن، چیزی معلوم‌المالیه داده می‌شد، معلوم می‌شود که آن چیز اول مال به شمار می‌آید، پس آن مال معرّف؛ یعنی «مال مشکوک‌المالیه» و مالی که در تعریف هست می‌شود «مال معلوم‌المالیه».^{۶۵}

برخی نیز اشکال کرده‌اند که این تعریف نمی‌تواند برای تشخیص مالیت چیزی ضابطه‌ای ارائه کند.^{۶۶} این اشکال هم با در نظر گرفتن واضح بودن مفهوم مال در عرف دفع می‌شود.

بنابراین تعاریف و مشخصاتی که برخی از فقها درباره مال ذکر کرده‌اند، عمدتاً تحلیل همان حقیقت عرفی مال است و هر کجا در ادله شرعی، مال به عنوان موضوع برای حکمی قرار گرفته است، این معنایی جز همان معنای لغوی ندارد و به همین دلیل است که اصطلاح خاصی برای مال در قضایای شرعیه و آنچه به عنوان موضوع در ادله ذکر شده است، وجود ندارد. از این روست که آغا ضیا عراقی می‌نویسد: «تحقیق القول في ذلك أنّ المالیه من الحقائق العرفیه، لا من المجعولات الشرعیة، و هی ما یبدل بإزائه المال.»^{۶۷} محقق نراقی نیز بر آن است که معنای «ملکیت»، «مالیت»، «ملک» و «مال»، عرفی یا لغوی است که شناخت آن‌ها بر ورود دلیل شرعی متوقف نیست، بلکه برای شناخت آن‌ها باید به عرف و لغت مراجعه کرد؛ چنان که وضعیت دیگر الفاظی که به حقیقت شرعیه نرسیده‌اند نیز چنین است.^{۶۸}

شاهد این مطلب آن است که از نظر زمانی معمولاً هرچه به عقب برگردیم و به کتب فقها مراجعه می‌کنیم، در می‌یابیم که تعاریف و بیاناتی که برای ما ذکر کرده‌اند ساده و بسیط است و هرچه به زمان‌های

۶۳. میرزای شیرازی، حاشیه المکاسب، ۱۰۲/۲؛ عراقی، حاشیه المکاسب، ۶۶؛ نک: نائینی، منیه الطالب، ۳۳۹/۱.

۶۴. موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۳۰/۲؛ نک: مروی، فقه رمزارها، ۷۸.

۶۵. فاضل لنکرانی، درس خارج فقه، ۱۳۹۴/۰۶/۳۱.

۶۶. گلپایگانی، بلغة الطالب، ۱۴.

۶۷. عراقی، حاشیه المکاسب، ۶۶.

۶۸. نراقی، عوائد الاّیام، ۱۱۳.

اخیر نزدیک‌تر می‌شویم، تعاریف و مشخصات ذکرشده راجع به مال گسترده‌تر و بعضاً پیچیده‌تر شده است.

این جستار تعریف نهایی خود را از مال با تکیه بر مطالب پیش گفته به این صورت ارائه می‌دهد: «آنچه نزد همه یا برخی از مردم دارای ارزش مبادلی باشد، مال نامیده می‌شود.»

این تعریف ضمن اشاره به مسئله اعتبار شخصی بودن منفعت و همچنین عرفی بودن مفهوم مالیت می‌تواند بسیاری از مشخصاتی که فقها در تبیین معنای مال بیان کرده‌اند (همچون مورد نیاز بودن، منفعت عقلایی داشتن، کمیابی نسبی، قابل اختصاص بودن و درنهایت، مورد رغبت بودن) را در برگیرد، در عین آنکه از تکلفات بی‌مورد نیز به دور است. براساس این تعریف، با وجود دو عنصر عرضه و تقاضا و نیز تحقق معاوضات عرفیه است که می‌توان در مبادلات برای یک چیز قائل به ارزشمندی شد و مالیت آن را احراز کرد. ازاین‌رو، می‌توان دریافت که مال مفهومی گسترده دارد و شامل «اعیان»، «منافع» و حتی «حقوق مالی» نیز می‌شود.^{۶۹}

۴. اعتبارسنجی شرط «مالیت» در عوضین معامله

بسیاری از فقها براساس تلقی اشتباه از عنوان مال و مالیت، مالیت‌داشتن را یکی از شروط عوضین معامله دانسته‌اند؛ شیخ انصاری می‌نویسد: «یشرط فی کلّ منهما کونه متمولاً؛ لأنّ البیع لغۀ مبادلة مالٍ بـمالٍ، وقد احترزوا بهذا الشرط عمّا لا ینتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، محلّلة فی الشرع؛ لأنّ الأوّل لیس بمالٍ عرفاً کالخنابس و الدیدان؛ ... و الثانی لیس بمالٍ شرعاً کالخمیر و الخنزیر.»^{۷۰}

براین‌اساس، [۱] آنچه منفعت مقصوده للعقلاء نداشته باشد؛ مانند سوسک و کرم عرفاً مال نیست و [۲] آنچه در شرع منفعت حلال نداشته باشد؛ مانند شراب و خوک شرعاً مال محسوب نمی‌شود و ازسوی دیگر، آنچه مال نباشد نیز نمی‌تواند عوض قرار گیرد.

پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا می‌توان این دو مطلب را پذیرفت؟ اساساً با تبیینی که از مفهوم مالیت صورت گرفت، آیا می‌توان بیعی را فرض کرد که عوضین در آن مالیت نداشته باشند؟ پاسخ منفی است؛ زیرا اولاً درباره عبارت «لیس بمالٍ عرفاً کالخنابس و الدیدان» باید گفت: وقتی عرف و عقلاً در بیع، چیزی مانند سوسک یا کرم را مبیع قرار دهند، از نحوه رفتار آنان مالیت‌داشتن برای آن دو انتزاع

۶۹. از آنجاکه «عمل انسان» از منافع است، مواردی همچون «اعراض از امری» را نیز باید مال به شمار آورد؛ مانند آنکه فردی متعهد می‌شود از رقابت با شخص خاصی اعراض و در مقابل، مبلغ خاصی دریافت کند؛ همچنانکه «دیون و مطالبات» را نیز می‌توان مالی دانست که ذیل حقوق مطرح می‌شوند.
۷۰. انصاری، کتاب المکاسب، ۹/۴.

می‌شود و چنین معامله‌ای از جهت مال بودن مبیع نزد عرف و عقلا هیچ اشکالی ندارد و در واقع، هیچ راهی برای احراز آنکه یک چیز منفعت مقصوده للعقلاست، غیر از معاوضات عرفیه با آن چیز وجود ندارد. ازاین‌رو، التزام به عناوینی همچون «ما لا مالیه له لایجوز بیعه» صحیح به نظر نمی‌رسد. به‌دیگر بیان، شرط مالیت برای عوضین لغو است؛ چراکه بیع امری عرفی و عقلایی است و هر چیزی را که عرف و عقلا آن را عوضین قرار دهند حتماً نزدشان مال محسوب می‌شده است.^{۷۱}

همچنین معلوم می‌شود اینکه شیخ انصاری در جای دیگر از کتاب مکاسب کسب به‌وسیله چیزهایی که منفعت مقصوده عند العقلا ندارند را از جمله مکاسب محرمة دانسته است،^{۷۲} صحیح نیست؛ زیرا از مطالب گذشته روشن شد که با اکتساب و معاوضه یک چیز، توسط عرف و عقلاست که انتزاع و احراز وجود منفعت مقصوده و معتدبها عند العقلا حاصل می‌شود نه برعکس.

ثانیاً، درباره عبارت «لیس بمال شرعاً کالخمیر و الخنزیر» نیز باید گفت: پیش‌تر روشن شد که مال و مالیت از مفاهیم عرفی است و عنوان مال شرعی، از اساس عنوانی اشتباه است.

۵. بررسی موردی آثار ضابطه مال در مصادیق نوظهور

در پایان، براساس ضابطه‌ای که از مال ارائه شد به بررسی مالیت «امتیاز وام» به‌عنوان یکی از مصادیق نوظهوری که مردم آن را مورد معامله قرار می‌دهند و ممکن است کسی گمان کند از جهت مال نبودن، معامله آن با مشکل فقهی روبه‌روست، می‌پردازیم.

گفته شد که عنوان مال، عنوانی عرفی-انتزاعی است که از نحوه رفتار عرف و عقلا با یک چیز انتزاع می‌شود؛ یعنی اگر آن چیز یا پدیده دارای ارزش مبادلی باشد؛ بدین معنا که برای آن عرضه و تقاضا ایجاد شود و معامله‌ای (صحیح یا باطل) روی آن صورت گیرد، می‌توان آن را مال به‌شمار آورد. چنین رفتاری برای یک چیز زمانی ایجاد می‌شود که واجد فایده‌ای برای متقاضی باشد و از کمیابی نسبی نیز برخوردار باشد. امتیاز وام امری است که برای مردم فواید و منافع دارد، زیرا مردم می‌توانند با به‌دست‌آوردن آن برخی مشکلات اقتصادی خود را برطرف کنند و ازسوی دیگر، از صفت کمیابی نسبی برخوردار است؛ یعنی به‌وفور وجود ندارد که هرکسی به‌راحتی و بدون هزینه بتواند آن را به‌دست آورد. به‌همین دلیل برای آن

۷۱. شماری از فقها مالیت را در عوضین معامله معتبر نمی‌دانند و معتقدند بیع مواردی که مالیت ندارند صحیح است؛ مانند آب در کنار دریا یا برخی از حشرات و فضلاتی که تمایلی به اقتناء آن‌ها نزد عموم عقلا وجود ندارد، زیرا غرض شخصی به تملک آن‌ها صورت گرفته است (طباطبایی حکیم، منهاج الصالحین، ۵/۲). در واقع، این دسته از علما مالیت را نه از باب لغویت، بلکه به‌دلیل دیگری در عوضین شرط نمی‌دانند؛ اینان مال را چیزی می‌دانند که تمامی عقلا برای به‌دست‌آوردن آن به رقابت بپردازند و مواردی را که دارای منفعت عمومی نباشد اساساً مال نمی‌دانند، هرچند که معامله آن‌ها را صحیح می‌دانند.

۷۲. انصاری، کتاب المکاسب، ۱۵۳/۱.

عرضه و تقاضا ایجاد می‌شود و معامله روی آن انجام می‌گیرد. بنابراین صحت معامله به دلیل عنوان مال هرگز نمی‌تواند محل تردید قرار گیرد؛ هرچند از جهات دیگر، از قبیل غرری، ضرری، اکل مال به باطل و ربوی بودن، صحت معامله باید بررسی شود.

باتوجه به مطلب بیان شده، تمام آثار مال بر امتیاز وام مترتب می‌شود. بنابراین اگر کسی آن را تلف کند، مصداق «من ألتف مال الغير فهو له ضامن» خواهد بود. کسی بخواهد آن را برای سرمایه‌گذاری و سودبردن خریداری کند، اشکالی ندارد. در پایان سال خمسی، پس‌انداز محسوب می‌شود و خمس دارد. آن را می‌توان صدقه یا قرض داد و سایر معاملات را با آن انجام داد.

چنین ضابطه‌ای در تشخیص مالیت چیزهایی مانند «امتیاز انواع بازی‌های رایانه‌ای»، «صفحات مجازی با دنبال‌کنندگان زیاد» و «ارزهای رم‌پایه» نیز کارآمد است.

نتیجه‌گیری

«مال» به دفعات در کتاب، سنت و فتاوی فقها موضوع حکم قرار گرفته است. این پژوهش ضمن دسته‌بندی مهم‌ترین دیدگاه‌ها راجع به مفهوم مال و نقد و بررسی هریک از آن‌ها، به نتایج زیر دست یافته است:

«مال»، عنوانی عرفی-انتزاعی است و برای عرف مفهوم روشنی دارد. روش تشخیص مالیت چیزی، رجوع به معاوضات عرفیه و تحلیل رفتار عرف و عقلا در ارتباط با آن چیز است. به‌دیگر بیان، پس از تحقق معاوضه روی یک چیز می‌توان مالیت و ارزش آن چیز را کشف کرد. تصریح برخی از لغت‌دانان به واضح‌بودن معنای مال مؤید همین مطلب و بیانگر فاصله‌نداشتن معنای لغوی مال با معنای اصطلاحی آن است. بر همین اساس، امکان ندارد شارع مالیت چیزی را از بین ببرد، نهایت آنکه می‌تواند تنها از بعضی یا تمام آثار مترتب بر آن همچون معامله شراب نهی کند. بنابراین می‌توان گفت بسیاری از مشخصه‌های مطرح‌شده در کلام فقها برای ارائه تعریفی مناسب از مال، تکلفاتی بی‌مورد و نیازمند اصلاح است. به‌همین دلیل است که برخی از آنان در پایان اعتراف کرده‌اند که تعریف مال به‌گونه‌ای جامع و مانع بسیار مشکل می‌نماید.

عناوین «مال شرعی» و «مالیت شرعی» از اساس عناوینی نادرست است که از روشن‌نشدن عرفی-انتزاعی بودن عنوان مال نشئت می‌گیرد. بنابراین، بسیاری از احکام تکلیفی و وضعی معاملات که در منابع فقهی بر عنوان مال شرعی یا مال‌نبودن ثمن یا مضمن مترتب شده است، امری نادرست است.

شرط «مالیت» برای عوضین معامله لغو است؛ چراکه بیع، امری عرفی و عقلایی است و هر چیزی را

که عرف و عقلا آن را عوض یا معوض قرار دهند حتماً نزدشان مال محسوب می‌شده است، هرچند که واضح است مال بودن عوضین لزوماً به معنای صحت معامله نیست؛ مانند شراب که نزد عرف مال به شمار می‌آید اما در شریعت از معامله آن نهی شده است.

با همه این تفصیل، این پژوهش مال را چنین تعریف می‌کند: «آنچه نزد همه یا برخی از مردم دارای ارزش مبادلی باشد.» ضمن در نظر داشتن تفاوت «رفتار عقلایی» با «رفتار فراگیر» باید گفت: در مالیت چیزی، وجود منفعت شخصی (برای شخص یا گروهی خاص) کافی است و برخلاف نظر عده‌ای از فقها برای مالیت چیزی نیازی به وجود منفعت فراگیر نیست. عبارت «همه یا برخی» در تعریف بیانگر همین مطلب است. همچنین براساس این تعریف می‌توان دریافت که مال، مفهومی گسترده دارد و شامل «اعیان»، «منافع» و «حقوق مالی» می‌شود.

منابع

قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. حاشیه کتاب المکاسب. تهران: وزارة الثقافة و الإرشاد الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

ابن ابی جمهور، محمد بن علی. عوالی اللئالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة. قم: دار سید الشهداء للنشر. چاپ اول، ۱۴۰۵ق.

ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهایة فی غریب الحدیث و الأثر. قم: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۳۶۷.

ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.

اصفهان، محمد حسین. حاشیه کتاب المکاسب. بی‌جا: محقق. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. بی‌جا: تراث الشیخ الاعظم، بی‌تا.

ایروانی، علی. حاشیه المکاسب. تهران: کیا. ۱۳۸۴.

بحرانی، یوسف بن احمد. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی‌تا.

ترابی، مرتضی. تقریرات درس خارج فقه. <https://eshia.ir/feqh/archive/text/torabi/feqh2/99/990918>.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ سی و پنجم، ۱۴۰۰.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. حقوق اموال. تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ پنجم، ۱۳۸۰.

جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم. چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.

حسینی عاملی، محمدجواد. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

حکیم، محسن. مستمسک العروة الوثقی. بی‌جا: دار احیاء التراث العربی. بی‌تا.

- حکیم، محسن. نهج الفقاهة. قم: ۲۲ بهمن. چاپ اول، بی تا.
- خمینی، روح الله. البيع. به تقریر حسن طاهری خرم آبادی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- خمینی، روح الله. المكاسب المحرمة. قم: اسماعیلیان. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- خمینی، روح الله. کتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. به تقریر توحیدی تبریزی. قم: داوری، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار القلم. چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ اول، بی تا.
- شیرازی، محمد تقی. حاشیة المكاسب. بی جا: الشریف الرضی. بی تا.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط فی اللغة. بیروت: عالم الكتب، ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم، ۱۳۶۲.
- صدر، محمد باقر. اقتصادنا. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی حکیم، محمد سعید. منهاج الصالحین. قم: دار الهلال. ۱۴۳۳ق.
- طباطبایی قمی، سید تقی. عمدة المطالب فی التعليق علی المكاسب. قم: محلاتی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. بی جا: مؤسسه النشر الاسلامی. بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية. چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- عراقی، ضیاء الدین. حاشیة المكاسب. به تقریر نجم آبادی. تهران: الغفور. چاپ اول، ۱۳۷۹.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. ارشاد الأذهان الی أحكام الإيمان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۰ق.
- عمید زنجانی، عباس علی. قواعد کلی عقود کتاب البيع و المتاجر. تهران: خرسندی. چاپ اول، ۱۳۹۱.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد. تقریرات درس خارج فقه.
- <https://fazellankarani.com/persian/lessons/8650> (دسترسی در ۱۳۹۴/۰۶/۳۱).
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. ۱۴۰۹ق.
- فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير. قم: دار الهجرة. چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. تهران: میزان. چاپ پنجاه و چهارم، ۱۴۰۰.
- گلپایگانی، محمد رضا. بلغة الطالب فی التعليق علی بيع المكاسب. به تقریر میلانی. قم: خیام. ۱۳۹۹ق.

- مروی، جواد. فقه رمزارزها. قم: مؤسسه انتشارات حوزه‌های علمیه. چاپ اول، ۱۴۰۱.
- مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۱۳۶۸.
- مطهری، مرتضی. نظری به نظام اقتصادی اسلام. تهران: صدرا. چاپ اول، بی تا.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الأذهان. بی جا: مؤسسه النشر الإسلامی. بی تا.
- منتظری، حسینعلی. دراسات فی مکاسب المحرمة. قم: مکتب آیت الله العظمی المنتظری. ۱۴۱۷ق.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۳۷۷.
- نائینی، محمد حسین. مکاسب و البیع. به تقریر محمد تقی آملی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ اول، بی تا.
- نائینی، محمد حسین. منیة الطالب فی حاشیة مکاسب. به تقریر موسی نجفی خوانساری. بی جا: المکتبة المحمدية. بی تا.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. عوائد الايام فی بیان قواعد الأحکام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- نورمفیدی، سید مجتبی. تقریرات درس خارج فقه. <https://m-noormofidi.com/1401/10/27> (دسترسی در ۱۴۰۱/۱۰/۲۷).
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. حاشیة مکاسب. تهران: اسماعیلیان. چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Ḥāshiyā Kitāb al-Makāsib.* Tehran: Vizārat al-Thaqāfa wa al-Irshād al-Islāmī, Chāp-i Awwal, 1986/1406.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Irshād al-Adhḥān ilā Ahkām al-Īmān.* Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1990/1410.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā.* Qum: Āl al-Bayt (AS) li-Ihyā’ al-Tūrāth. 1994/1414.

‘Amīd Zanjanī, ‘Abbās ‘Alī. *Qawā’id Kulī ‘Uqūd Kitāb-i al-Bay’ wa al-Matājir.* Tehran: Khursandī, Chāp-i Awwal, 2013/1391.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib.* S.l.: Tūrāth al-Shaykh al-A’zam. S.d.

Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad. *Ḥadā’iq al-Nādira fī Ahkām al-’Itra al-Ṭāhira.* Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. sd.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-’Ayn.* Qum: Hijrat. 1989/1409.

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr.* Qum: Dār al-Hijrah.

Châp-i Duwwum, 1993/1414.

Fāzil Lankarānī. Muḥammad Javād. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. 2015/09/22; 1394/06/31.

Gulpāyḡānī, Muḥammad Rizā. *Bulghat al-Ṭālib fī al-Ta'liq 'alā Bay' al-Makāsib*. Taqrīr Milānī, Qum: Khayām, 1979/1399.

Ḥakīm, Muḥsin. *Mustamsak al-'Urwa al-Wuthqā*. S.l.: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabī. s.d.

Ḥakīm, Muḥsin. *Nahj al-Faqāha*. Qum: 22 Bahman. Châp-i Awwal, s.d.

Ḥusaynī, 'Āmulī, Muḥammad Javād. *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāma*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, Châp-i Awwal, 1998/1419.

Ibn Abī Jumhūr. Muḥammad ibn 'Alī. *'Awālī al-Lā'ālī al-'Aziziyah fī al-Aḥādith al-Dīniyah*. Qum: Sayyid al-Shuhadā li-l-Nashr. Châp-i Awwal, 1985/1405.

Ibn Āthīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Nihāya fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Qum: Ismā'īliyyān. Châp-i Chāhārum, 1989/1367.

Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār al-Fikr. Châp-i Sivum, 1994/1414.

'Irāqī, Ḥayy al-Dīn. *Ḥāshiya al-Makāsib*. Muqarr Najmābādī, Tehran: al-Ghafūr. Châp-i Awwal, 2001/1379.

Ḥawānī, 'Alī. *Ḥāshiya al-Makāsib*. Tehran: Kiyā. 1987/1407.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Ḥāshiya Kitāb al-Makāsib*. S.l. Muḥaqqiq. Châp-i Awwal, 1998/1419.

Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Ḥuqūq Amvāl*. Tehran: Kitābkhānah Ganj-i Dānish. Châp-i Panjum, 2002/1380.

Ja'farī Langirūdī, Muḥammad Ja'far. *Tirmīnūlūzhī Ḥuqūq*. Tehran: Kitābkhānah Ganj-i Dānish. Châp-i Sī va Panjum, 2021/1400.

Jawharī, Ismā'īl ibn Hammād. *al-Ṣiḥāḥ Taj al-Lughā wa Ṣiḥāḥ 'Arabīya*. Beirut: Dār al-'Ilm, Châp-i Chāhārum, 1987/1407.

Kātūziyān, Nāsir. *Amvāl va Malikiyat*. Tehran: Mizān, Châp-i Panjāh va Chāhārum, 2022/1400.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah*. Muqarr Tawḥīdī Tabrizī, Qum: Dāwarī. Châp-i Awwal, 1998/1377.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Bay'*. Muqarr Ḥasan Ṭāhiri Khurāmābādī. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām. Châp-i Awwal, 2007/1428.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Ismā'īliyyān. Châp-i Awwal, 1990/1410.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Tehran: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī.

Châp-i Awwal, 2000/1421.

Marvî, Javād. *Fiqh Ramzarz-hā*. Qum: Mū'assisah-yi Intishārāt Hawzah-yi 'Ilmiyah. Châp-i Awwal, 2023/1401.

Muntazirî, Husayn 'Alî. *Dirāsāt fi al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qum: Maktaba Āyat Allāh al-'Uzmā al-Muntazirî. 1996/1417.

Muqaddas Ardabilî, Aḥmad ibn Muḥammad. *Majma' al-Fā'idā wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhhān*. S.l.: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmî. s.d.

Mūsawî Bujnūrdî, Sayyid Ḥasan. *al-Qawā'id al-Fiqhiyah*. Qum: al-Hādî. Châp-i Awwal, 1958/1377.

Muṣṭafavî, Ḥasan. *Al-Taḥqīq fi Kalamāt al-Qurān al-Karīm*. Tehran: Vizārat Farhang va Irshād-i Islāmî. 1990/1368.

Muṭaharî, Murtaḍā. *Nazarî bi Nizām Iqtisādî Islām*. Tehran: Šadrā. Châp-i Awwal, s.d.

Nā'inî, Muḥammad Ḥusayn. *al-Makāsib wa al-Bay'*. Taqrîr Muḥammad Taqî Āmulî. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmî. Châp-i Awwal, s.d.

Nā'inî, Muḥammad Ḥusayn. *Munya al-Tālib fi Ḥāshiya al-Makāsib*. Muqarr Mūsā Najafî Khuwānsārî. S.l.: al-Maktaba al-Muḥammadiya. s.d.

Narāqî, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdî. *Awā'id al-Ayām fi Bayān Qawā'id al-Aḥkām*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmî. . Châp-i Awwal, 1996/1417.

Nūr Mufidî, Sayyid Muḥtabā. *Taqrîrāt Dars Khārij Fiqh*. (dastras dar 2023/01/17; 1401/10/27.

Rāghib Iṣfahānî, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Alfāz al-Qurān*. Beirut: Dār al-Qalam. Châp-i Awwal, 1992/1412.

Šadr, Muḥammad Bāqir. *Iqtisādānā*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmî. Châp-i Awwal, 1996/1417.

Šāhib ibn 'Abād, Ismā'īl ibn 'Abād. *al-Muḥīṭ fi al-Lughā*. Beirut: 'Ālim al-Kutub 1993/1414.

Šāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharāy' al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Tūrāth al-'Arabî. Châp-i Haftum, 1983/1362.

Shahîd Awwal, Muḥammad ibn Makki. *al-Durūs al-Shar'iyah fi Fiqh al-Imāmīyah*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmî. Châp-i Awwal, s.d.

Shirāzî, Muḥammad Taqî. *Ḥāshiya al-Makāsib*. S.l. : al-Sharîf al-Raḍî. s.d.

Ṭabāṭabāyî Qumî, Sayyid Taqî. *Umda al-Maṭālib fi al-Ta'liq 'alā al-Makāsib*. Qum: Maḥalātî. Châp-i

Awwal, 1993/1413.

Ṭabāṭabāyī Ḥakīm, Muḥammad Saʿīd. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qum: Dār al-Hilāl. 2012/1433.

Turābī, Murtaḍā. *Taqrīrāt Dars Khārij Fiqh*. (dastras dar 2020/12/08; 1399/09/18)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Khiṭāf*. S.l.: Mūʾassisa al-Nashr al-Islāmī. S.d.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyah*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya li-Iḥyāʾ al-Āsar al-Jaʿfariya. Chāp-i Sivum, 1967/1387.

Yazdī Muḥammad Kāẓim ibn ʿAbd al-ʿAzīm. *Hāshiya al-Makāsib*. Tehran: Ismāʿīliyyān. Chāp-i Chāhārum, 1951/1370.



An Inquiry into the Meaning of *'Iffat* (Chastity or Modesty) in the Fields of Jurisprudence and Ethics

Dr. Mahdi Shajarian

Assistant Professor, Department of Social Justice Studies, Institute for Civilizational and Social Studies, Research Institute for Islamic Culture and Thought, Qom, Iran

Email: m.shajarian@isca.ac.ir

Abstract

The main concern of the present paper is to analyze the meaning of chastity in the two fields of Islamic Jurisprudence and ethics. In ethical discourse, chastity refers to self-restraint in face of sensual desires and maintaining moderation in sexual urges. Upholding this virtue is seen as a function of reason over basic desires, and does not require adherence to specific religious rituals. However, in jurisprudence, a narrower definition is provided by some jurists. According to this definition, chastity is achieved through refraining from prohibited acts (based on Islamic law), regardless of the acts being deemed immoral by reason independently. As a result, a chaste person avoids not only the prohibitions that can be approved by reason, but also the ones for which reason remains silent. This group of jurists consider the ethical expression of chastity to be an innovation and reject its application to scripture. However, it seems that based on lexical evidence and the usage of the term and its derivatives in the Qur'an and *hadith*, the ethical definition adopted by these jurists departs from the lexical reality and establishes a conventional religious usage (*Mutasharri'*) in the field of jurisprudence. Therefore, in the absence of contextual evidence, religious scripture cannot be interpreted based on the aforementioned jurisprudential meaning, and here the understanding of jurists who interpret chastity similar to ethics scholars seems to be the more accurate view.

Keywords: chastity, jurisprudence, ethics, sensual desires





HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴، ص ۲۳۲ - ۲۰۱
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۱۴
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.83765.1622	تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۱۳
	نوع مقاله: پژوهشی

واکاوی معنای عفت در دانش فقه و اخلاق

دکتر مهدی شجریان

استادیار گروه مطالعات عدالت اجتماعی، پژوهشکده مطالعات تمدنی و اجتماعی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران

Email: m.shajarian@isca.ac.ir

چکیده

مسئله کانونی این مقاله تحلیل معنای عفت در دو دانش فقه و اخلاق اسلامی است. عفت در مصطلح اخلاقی، «خوبشنداری در برابر تمایلات نفسانی» و میانه‌روی در بهره‌گیری از قوه شهویه است و التزام به آن متوقف بر التزام به تعبدیات مذهبی خاص نیست و با حکومت عقل بر خواهش‌های نفسانی محقق می‌شود. اما در دانش فقه، با یک معنای تضییق‌شده‌تر فقهی نیز مواجه‌ایم، که برخی از فقیهان مطرح کرده‌اند. مطابق این معنای فقهی، عفت با ترک محرمات شرعی حاصل می‌شود، چه عقل مستقل به ناشایستگی آن‌ها حکم کند یا نه. در نتیجه عقیف نه تنها از محرمات قابل اثبات از طریق عقل اجتناب می‌کند، بلکه از محرماتی که عقل در خصوص آن‌ها ساکت است نیز دوری خواهد گزید. این فقیهان اصطلاح اخلاقی عفت را نوپدید شمرده و اجازه حمل متون دینی بر این اصطلاح را نمی‌دهند، اما به نظر می‌رسد با توجه به شواهد لغوی و استعمال مشتقات قرآنی و روایی واژه عفت، اصطلاح اخلاقی با معنای لغوی عفت انطباق دارد، در نتیجه اصطلاح فقهی این دسته از فقیهان از حقیقت لغویه فاصله داشته و حقیقت متشرعی در دانش فقه پیدا شده است؛ براین اساس بدون قرینه نمی‌توان متون دینی را مطابق با معنای فقهی مذکور تفسیر کرد و در این میان فهم فقیهانی که عفت را مانند علمای اخلاق تفسیر کرده‌اند، صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: عفت، فقه، اخلاق، تمایلات نفسانی.

مقدمه

عفت از مهم‌ترین ویژگی‌های اخلاقی است که در متون اسلامی نیز توجه ویژه‌ای به آن شده است. پیداست که فهم دقیق این متون متوقف بر شناسایی معنای دقیق این واژه است و بدون دریافت دقیق معنای آن، احتمال برداشت‌های خطا و مضیق از عفت در متون دینی هموار خواهد شد.

بررسی منابع اخلاقی و فقهی نشان می‌دهد که اندیشمندان در این دو دانش اسلامی تاحدودی برداشت‌های مختلفی از این واژه دارند و هریک بر این باورند که متون دینی را باید مبتنی بر برداشت آن‌ها تفسیر و تعبیر کرد. این نوشتار می‌کوشد تا معنای این واژه را در دو دانش مذکور واکاوی و بررسی کند و ضمن استخراج دقیق معنای مدّ نظر فقها و اخلاقیون در این خصوص، با استناد به شواهد لغوی و قرآنی و روایی نشان دهد که کدام اصطلاح با معنای مدّ نظر شارع انطباق دارد و از این طریق راه فهم معنای عفت در متون دینی را هموار سازد.

اهمیت این مقاله را باید در نکته‌روشی که به آن منجر می‌شود جست؛ زیرا در نتیجه این نوشتار می‌توان به‌صورت روشمند به متون دینی مراجعه و معنای عفت در آن‌ها را تبیین کرد، وگرنه بدون قضاوت در خصوص برداشت‌هایی که فقها و اخلاقیون درباره معنای این واژه دارند، فهم متون دینی با چالش مواجه می‌شود.

براساس آنچه گفته شد اهداف این مقاله عبارت‌اند از: استخراج دقیق معنای عفت در دو دانش فقه و اصول، تحلیل ویژگی‌های مدّ نظر فقها و اخلاقیون در شکل‌گیری معنای عفت، نسبت‌سنجی میان این اصطلاحات با آنچه در لغت بیان شده و نیز در آیات قرآن کریم به کار رفته است و درنهایت، استخراج قاعده روشمند برای فهم متون دینی دربردارنده واژه عفت.

مسئله اصلی این نوشتار تحلیل معنای عفت در دو دانش اخلاق اسلامی و فقه است. براین اساس ابتدا در بخش نخست، معنای عفت در دانش اخلاق و پس از آن در بخش دوم، معنای عفت در دانش فقه تبیین و تحلیل خواهد شد و در بخش سوم نیز به تحلیل و بررسی این معانی می‌پردازیم.

این نوشتار با روش توصیفی، تحلیلی و انتقادی می‌کوشد با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای دسته اول، در دو دانش فقه و اصول شاخصه‌های معنایی عفت را استخراج و توصیف و تحلیل کند و نیز با اقامه شواهد مختلف دیدگاه صحیح در این باب را که به استعمالات متون دینی نزدیک‌تر است استخراج کند.

نگارنده برای این نوشتار پیشینه خاصی سراغ ندارد. تمایز اصطلاح عفت در دانش فقه و اخلاق مسئله‌ای اکتشافی برای نگارنده است که در خلال تحقیقی عام راجع به مسئله عفت با آن مواجه شده

است. باین همه، عمده آثار فقهی و اخلاقی که در باب مفهوم‌شناسی واژه عفت ورود داشته‌اند، پیشینه عام این تحقیق محسوب می‌شوند که در متن مقاله مکرراً به آن‌ها ارجاع داده شده و ذکر آن‌ها در مقدمه مخل به مقصود است.

۱. عفت در اخلاق

از یک منظر مهم‌ترین عناصر، خصائص و ویژگی‌هایی که در تعریف دانشمندان اخلاق از عفت مدّ نظر واقع شده است به شرح زیر است:

۱.۱. عفت، میانه‌روی در تمایلات نفسانی

از منظر اخلاق فضیلت، نفس انسان صرف‌نظر از قوه عقل، دارای سه قوه وهم و غضب و شهوت است. هریک از این سه قوه وقتی در وضعیت افراط و تفریط قرار گیرند، رذایل اخلاقی محقق می‌شوند و فضیلت‌های اخلاقی هنگامی تحقق می‌یابند که این سه قوه در وضعیت میانه و متعادل قرار گیرند. قوه شهویه - که تمایلات انسانی از خوردن، آشامیدن، آمیزش جنسی و مانند آن را در بر دارد - وقتی در وضعیت افراط و زیاده‌روی قرار می‌گیرد، انسان به دنبال رسیدن به همه امیال خود خواهد رفت و در این میان هیچ حدومرزی را نمی‌شناسد. چنین وضعیت افراطی، اخلاقی تلقی نمی‌شود. متقابلاً اگر این قوه در وضعیت تفریط باشد و هرگونه میل و شهوتی را بر خود ممنوع شمارد، در وضعیتی غیر اخلاقی به سر می‌برد. عفت، درحقیقت «کشتن میل‌های افراطی نیروی شهوت» است.^۱ وضعیت اخلاقی این قوه هنگامی محقق می‌شود که انسان دست از مسیر افراط و تفریط بردارد و در خطی میانه و معتدل به امیال و شهوات خود بها دهد و با مدیریت و کنترل آن‌ها، از تحقق افراط و تفریط جلوگیری کند.^۲

۱.۲. عفت، غلبه و تسلط عقل بر شهوت

حال که عفت با میانه‌روی در امیال و شهوات شکل می‌گیرد، باید دید که این حد میانه از چه طریقی تشخیص‌دانی است. اندیشمندان اخلاقی به این سؤال نیز توجه کافی داشته‌اند و به‌وضوح بیان می‌کنند که این مرز متعادل توسط نیروی عقل شناسایی می‌شود. عفت از نظر آنان یکی از فضایل اصلی است که از اعتدال در قوه عاقله سرچشمه می‌گیرد.^۳ براین اساس، این عقل انسان عقیف است که عنان شهوت را به دست می‌گیرد و به مدیریت و کنترل آن اقدام می‌کند و تنها در چنین حالی است که عقیف‌بودن شخص

۱. مفصل‌بن عمر، توحید المفضل، ۲۱۴.

۲. فیض کاشانی، الشافی، ۴۵/۱؛ ابوحیان توحیدی، البصائر و الذخائر، ۱۲۱/۵؛ خمینی، شرح حدیث «جنود عقل و جهل»، ۲۷۸؛ قزوینی، کشف الغطاء، ۵۲.

۳. ابن مسکویه، تهذیب الأخلاق و تطهیر الأعراق، ۱۰۰ تا ۹۶.

محقق می‌شود.^۴ به همین دلیل است که عده‌ای عفت را اطاعت از عقل شمرده و می‌گویند: «عفت عبارت است از: مطیع و منقاد شدن قوه شهویه از برای قوه عاقله، تا آنچه امر فرماید در خصوص اکل و شرب و نکاح و جماع متابعت کند و از آنچه نهی فرماید اجتناب نماید.»^۵ عده‌ای دیگر عفت را تسلیم در مقابل عقل دانسته و می‌گویند: «و أما فضيلة العفة، فقد عرفت أن لها عبارة عن ملكة انقياد القوة الشهوية للعقل، حتى يكون تصرفها مقصوراً على أمره و نهيه، فيقدم على ما فيه المصلحة و ينزجر عما يتضمن المفسدة بتجويزه، و لا يخالفه في أوامره و نواهيه.»^۶

۳.۱. عفت، ملکه یا حالتی درونی

فضایل اخلاقی مثل سخاوت، شجاعت، حسن تدبیر، عفت و مانند آن از کسی سر می‌زند که دارای ملکه اخلاق است. در علم اخلاق مقصود از «ملکه» حالتی راسخ در جان آدمی است که با وجود آن، فضایل اخلاقی بدون درنگ و تأمل از وی سر می‌زند. شخصی که ملکه اخلاقی دارد، پیش‌تر نفس خود را تأدیب کرده و به مرحله‌ای رسیده است که رفتارهای اخلاقی برای او مانند عادت شده است و دیگر با مشقت و فشار درونی ازسوی او صادر نمی‌شود. قبل از تحقق ملکه در وجود آدمی، «حالت» محقق می‌شود. حالت اخلاقی وضعیتی ثابت و پایدار نیست و هنگامه‌ای است که انسان در تلاش برای رسیدن به ملکات اخلاقی است اما هنوز به آستان آن‌ها وارد نشده است.^۷

پیداست که عفت به مثابه ملکه یا حالت کف نفس از شهوت به این معناست که این ویژگی اولاً و بالذات وصف نفس آدمی و امری درونی است، که نفس اماره را از تمایلات خویش منع می‌کند.^۸ این حقیقت درونی، بروز و ظهور بیرونی و آثار خارجی نیز دارد. این آثار خارجی همان عفت نیستند، بلکه انعکاس و پژواک درون آدمی در رفتار بیرون او هستند. نسبت این دو، نسبت علت و معلول است. عفت، علت و آثار و رفتارهای عقیفانه - مثل کنترل کردن نگاه یا پرهیز از برهنگی از ناحیه مردان و زنان - معلول آن هستند.

۴.۱. مطلق بودن عفت و نسبی بودن آثار بیرونی آن

هر چند اصل عفت یک حالت یا ملکه اخلاقی مطلق و پایدار است اما فعل عقیفانه مانند خود عفت از این پایداری و ثبات برخوردار نیست و تاحدودی نسبی است؛ توضیح اینکه، عفت به معنای مهار شهوات

۴. غزالی، میزان العمل، ۲۶۹.

۵. نراقی، معراج السعادة، ۳۲۱.

۶. نراقی، جامع السعادات، ۱۱۰ تا ۱۰۹/۱؛ نک: قزوینی، کشف الغطاء، ۲۲۶؛ امین، الأخلاق، ۱۵۸.

۷. طبرسی، الآداب الدينية للخرافة المعينة، ۱۹۵ تا ۱۹۴؛ مجلسی، بحار الانوار، ۳۳۲/۶۴؛ طباطبائی، المیزان، ۳۶۹/۱۹.

۸. سجاسی، فراند السلوك، ۵۴۸.

توسط عقل و مدیریت عقل بر تمایلات انسانی، فضیلتی اخلاقی فرازمانی و فرامکانی است. در هر مقطعی از زمان و در هر نقطه‌ای از مکان می‌توان به ضرورت آن تأکید کرد و شایستگی و اهمیت آن را تشریح کرد. اما بروز و ظهور عفت و نماد بیرونی آن تاحدودی امری وابسته به فرهنگ جوامع، عرفی و تفسیرپذیر است. برای مثال، عطرزدن مردان یا زنان در حد متعارف یا سخن گفتن بانوان با صدای بلند و رسا، در بسیاری از جوامع فعلی غیرعقیفانه و در راستای تحریک شهوات جنسی تلقی نمی‌شود، اما ممکن است در مقاطع تاریخی پیشین بتوان شواهدی بر تلقی غیرعقیفانه از این نوع رفتارها پیدا کرد. ناگفته پیداست که این نسبی و عرفی بودن فعل عقیفانه، آنقدر رها نیست که هر رفتاری را در خود جای دهد. مثلاً برهنگی مطلق در هیچ جامعه‌ای عقیفانه محسوب نمی‌شود و حدی از پوشش شرط لازم فعل عقیفانه در همه فرهنگ‌ها و جوامع است اما درعین حال کیفیت و کمیت خاص در حوزه پوشش عقیفانه مسئله‌ای فرهنگی است و ممکن است نوعی از پوشش در یک جامعه مصداق فعل عقیفانه تلقی شود اما همین نوع پوشش در جامعه‌ای دیگر غیرعقیفانه شمرده شود.

این نکته مهم، در سخنان برخی اندیشمندان معاصر نیز مدّ نظر قرار گرفته است: آن‌هایی که معتقدند اخلاق نسبی است، می‌گویند: مثلاً روزی عفاف در جامعه‌هایی خوب بود... ولی بعد زندگی ماشینی آمد و زن به متن اجتماع و داخل کارخانه‌ها کشیده شد. عفاف روزی خلق خوبی بود و امروز خلق خوبی نیست. ولی این حرف روی این مبنایی که ما گفتیم غلط است. عفاف و پاک‌دامنی به‌عنوان حالتی نفسانی؛ یعنی رام‌بودن قوه شهوانی تحت حکومت عقل و ایمان، تحت تأثیر قوه شهوانی نبودن، شره نداشتن، از آن افرادی که تا در مقابل شهوتی قرار می‌گیرند بی‌اختیار می‌شوند و محکوم غریزه خود هستند، نبودن. پس عفاف همه‌وقت خوب است. بله، آن فعل اخلاقی که ما نام آن را عفت می‌گذاریم مانعی ندارد که فرق کند، البته نه در این مقیاسی که این‌ها می‌گویند، در این مقیاس هیچ‌وقت فرق نمی‌کند.^۹

۵.۱. عفت، مادر فضایل

بسیاری از انسان‌ها در مقابل خواسته‌های نفسانی خود رام‌تر هستند تا در مقابل خواسته‌های اخلاقی، دینی و شرعی و همین سرسپردگی است که درواقع به‌نوعی عبادت هوای نفس تلقی می‌شود.^{۱۰} در این میان کسی که از عفت برخوردار است، از این رام‌بودن و تسلیم نفس شدن فاصله دارد و خواسته‌های درونی خود را در کنترل و مدیریت عقل خویش در می‌آورد. در همین نقطه است که چنین شخصی می‌تواند از غالب

۹. مطهری، مجموعه آثار، ۷۷۸/۲۲ تا ۷۷۹.

۱۰. آمدی، غرر الحکم، ۱۲۹.

زشتی‌ها فاصله گیرد و به غالب زیبایی‌ها آراسته شود و بسیاری دیگر از فضایل نفسانی را به دست آورد؛^{۱۱} زیرا عموماً زشتی‌ها ریشه در تمایلات نفسانی دارند و خوبی‌ها در سایه مخالفت با این تمایلات شکل می‌گیرند. به همین دلیل است که علمای اخلاق بسیاری از فضایل اخلاقی را به عفت باز می‌گردانند.^{۱۲}

۶.۱. عفت عام و خاص (مدیریت تمایلات جنسی)

در مباحث قبل نمایان شد که عفت، ملکه کنترل و مدیریت تمایلات نفسانی است. این معنا دایره‌ای عام و گسترده دارد و تمامی تمایلات سرکش درونی انسان را شامل می‌شود.^{۱۳} اما در میان امیال نفسانی، تمایلات جنسی جایگاهی خاص دارند. از این رو، عفت در دو کاربرد مدّ نظر اندیشمندان اخلاقی قرار می‌گیرد: ابتدا کاربردی عام و فراگیر که عفت در آن به معنای کنترل مطلق خواهش‌های نفسانی است؛^{۱۴} و دیگری، کاربردی خاص و محدود که در آن عفت به معنای کنترل خواهش‌ها و تمایلات جنسی است؛^{۱۵} لذا می‌توان برای عفت دو کاربرد عام و خاص را لحاظ کرد. عفت در کاربرد خاص خود همان «عفت جنسی» است و برخی محققان معاصر از آن به «پرهیزکاری در خصوص مسائل جنسی» تعبیر کرده‌اند.^{۱۶}

۲. عفت در فقه

در کتب فقهی به مناسبت‌های مختلف به تبیین معنای عفت پرداخته شده است. به‌طور کلی می‌توان گفت فقها در تفسیر معنای عفت دو دسته هستند و آن را دو گونه متمایز تفسیر کرده‌اند که در ادامه تبیین خواهد شد.

۲.۱. عفت اخلاقی-عقلانی

در برخی تعابیر فقیهان، عفت به‌گونه‌ای تفسیر شده است که می‌توان آن را مرادف با همان تفسیر علمای اخلاق از عفت شمرد. براساس این تفسیر، «عفت» ملکه‌ای اخلاقی و مدیریت‌کننده شهوات نفسانی به سبب نیروی عقل و فضیلتی اخلاقی است که با وجود آن قوای شهوانی انسان در حالتی متعادل و مستقیم قرار می‌گیرد و در ورطه افراط و تفریط فرو نمی‌رود. براساس برداشت این فقیهان عفت این است که قوه شهویه انسان در وضعیت اعتدال و «تحت تصرف عقل» باشد و در ارضای امیال خود اهل افراط و

۱۱. غزالی، میزان العمل، ۲۸۰؛ ابن مسکویه، تهذیب الأخلاق و تطهیر الأعراق، ۱۰۱.

۱۲. راغب اصفهانی، الذریعة إلى مکارم الشریعة، ۳۱۸؛ قزوینی، کشف الغطاء، ۶۱ تا ۶۰.

۱۳. مکارم شیرازی، اخلاق اسلامی در نهج البلاغه، ۳۴۰/۱.

۱۴. ابوحیان توحیدی، الصداقة و الصديق، ۲۲۶-۲۲۸.

۱۵. بیهقی، شعب الإيمان، ۳۵۱/۴.

۱۶. مکارم شیرازی، اخلاق در قرآن، ۳۱۶/۱.

تفریط نباشد؛^{۱۷} به تعبیر برخی از فقها: «تحصیل فضیلة العفة التي هي استقامة القوة الشهوية من غیر میل إلى طرفی إفراط الشّر و تفریط الخمود، و انقيادها للقوة العقلية»^{۱۸} و نیز تصریح شده است که «عفت» انقیاد و تسلیم انسان نسبت به قوه عاقله است، به گونه ای که تمایلات او تحت اشاره عقل قرار گیرد.^{۱۹} براساس این برداشت، «عفت» خلقی درونی است و آثار بیرونی آن خود عفت نیستند، بلکه پیامدها و نتایج فعلی آن در جهان خارج به شمار می روند.^{۲۰} مطابق این برداشت چنان که گذشت پیوند فضیلت درونی عفت، با حکم عقل پررنگ می شود و به همین دلیل است عده ای دیگر از کسانی که این برداشت را مطرح کرده اند، معنای عفت را با برداشت عرفی و سیره عقلایی پیوند داده و آن را نگهداری از امور نازیبا و کارهایی شمرده اند که مناسب با مقام و شأن عرفی انسان نیست.^{۲۱} به نظر می رسد این امور عرفی در حقیقت همان حسن و قبح های عقلی و عقلایی هستند که انسان عقیف در سایه خویشتن داری در مقابل خواهش های نفسانی به آن ها التزام خواهد داشت.

۲.۲. عفت فقهی-شرعی

در برخی دیگر از تعابیر فقیهان، عفت با مسئله حلال و حرام فقهی پیوند خورده است و از این نظر رنگ و بویی کاملاً فقهی یافته است. در معنای قبل، ملاک کنترل کننده تمایلات نفسانی «حکم عقل» بود، اما در این معنا ملاک تحقق عفت عمل به «حکم شرع» است. از این رو، فقیهان مذکور به صراحت در تعریف عفت از واژه حلال و حرام استفاده کرده و^{۲۲} عفت را به معنای عدم ارتکاب رفتارهایی که با دستورات شرعی منافات دارند شمرده^{۲۳} و بین عفت و ترک حرام شرعی پیوند ایجاد کرده^{۲۴} و آن را امتناع ورزیدن از محرمات شرعیه دانسته اند.^{۲۵}

برخی از فقها در این دسته ابتدا عفت را پرهیزکردن از رفتارهای زشت و ناپسند شمرده اند که نزدیک به معنای نخست است، اما در ادامه آن را به عفت واجب در موارد پرهیز از حرام و عفت مستحب-در موارد

۱۷. شهید ثانی، رسائل، ۶۲/۱.

۱۸. فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۱۶/۲؛ نک: فیض کاشانی، الوافی، ۶۶/۱؛ فاضل جواد، مسالک الأفهام، ۱۷۷/۳.

۱۹. مرتضوی لنگرودی، الدر النضید، ۷/۲.

۲۰. نک: سبزواری، شرح تیراس الهدی، ۶۸.

۲۱. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۷۹.

۲۲. صدر، ما وراء الفقه، ۱۲۲/۶؛ صدر، الإجتهد والتقليد، ۲۹۸.

۲۳. اشتهازی، مدارک العروة، ۲۵۵/۱۷.

۲۴. مجلسی، مرآة العقول، ۹/۱۲؛ بروجردی، تبیان الصلاة، ۶۰/۸؛ طباطبائی قمی، الغایة القصوى، ۹۸.

۲۵. طباطبائی قمی، ثلاث رسائل، ۱۷.

پرهیز از اموری که مورد رغبت نیستند اما حرمت شرعی آن‌ها ثابت نشده است - تقسیم کرده‌اند^{۲۶} و این تقسیم به وضوح نشان می‌دهد که از این منظر نیز عفت تفسیری فقهی - شرعی پیدا کرده است.

عمده این اظهارات در ذیل روایتی از امام صادق (ع) مطرح شده است. در این روایت درباره معنای عدالت شاهد سؤال شده است و حضرت ضمن تبیین خود از معنای عدالت می‌فرماید: «أَنَّ تَعَرُّفَهُ بِالسَّيِّئِ وَالْعَفَافِ». ^{۲۷} فقیهان دسته دوم مقصود از عفت در این روایت را معنایی عام شمرده‌اند که براساس آن نه صرفاً پرهیز از امور ناپسند عقلی، بلکه اجتناب از تمامی محرمات شرعی لازم است.^{۲۸} در همین راستا برخی در تفسیر این روایت عفت را به معنای «اجتناب از امور حرام، بلکه از امور شبهه‌ناک» دانسته و این معنا را متبادر عصر ائمه محسوب کرده‌اند: «الاجتناب عن المحارم، بل الشبهات كما هو المتبادر في عرفهم صلوات الله عليهم في باب العفة». ^{۲۹}

برخی از فقیهان در این دسته دوم صریحاً عفت را فعل خارجی شمرده و بر این باورند که نمی‌توان آن را یکی از ویژگی‌های نفسانی شمرد، در نتیجه از منظر آن‌ها عقیف کسی است که در جهان خارج مرتکب محرمات شرعی نشود. به اعتقاد این افراد آنچه علمای اخلاق در معنای عفت ذکر کرده و آن را صفتی درونی نفسانی شمرده‌اند، اصطلاحی جدید بین آن‌هاست و نمی‌توان کلمات اهل بیت (ع) را بر این معنا حمل کرد. در این خصوص گفته شده است: «أَنَّ الْعَفَافَ هُوَ الْامْتِنَاعُ عَمَّا لَا يَحِلُّ وَهُوَ مِنَ الْأَفْعَالِ الْخَارِجَةِ لَا النَّفْسَانِيَّةِ فَضْلاً عَنْ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصِّفَاتِ النَّفْسَانِيَّةِ، فَإِنَّ الْعَفِيفَ مَنْ لَمْ يَرْتَكِبِ الْحَرَامَ فِي الْحَارِجِ. نَعَمْ ذَكَرَ عُلَمَاءُ الْأَخْلَاقِ أَنَّ الْعِفَّةَ مِنْ صِفَاتِ النَّفْسِ إِلَّا أَنَّهُ اصطلاح مستحدث بینهم، و لا يمكننا حمل العفاف الوارد في كلمات الأئمة (ع)». ^{۳۰} براین اساس، عده‌ای دیگر انسان عقیف را دارای ویژگی بیرونی شمرده و بر این باورند که عقیف کسی است که رفتارهای او موافق با شرع است.^{۳۱}

براساس آنچه گفته شد می‌توان تفاوت دیدگاه دو دسته از فقهای پیشین را در دو اصل کلی تبیین کرد: اولاً عفت در تفسیر نخست، پرهیز از امور زشت به حکم عقل و در تفسیر دوم، پرهیز از محرمات به حکم شرع است و ثانیاً عفت در تفسیر نخست، فضیلتی درونی و نفسانی است اما در تفسیر دوم رفتارهایی بیرونی و خارجی است. علاوه بر این، برخی از فقیهان دسته دوم معنای اخلاقی عفت را اصطلاحی

۲۶. حسینی شیرازی، من فقه الزهراء، ۴۴۳/۲.

۲۷. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، ۳۸/۳.

۲۸. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۴۴ تا ۲۴۳.

۲۹. مجلسی، روضة المتقین، ۱۰۵/۶.

۳۰. خویی، التنقیح، ۲۶۶/۱.

۳۱. عبدالرحمان، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ۲۳۶/۱.

مستحدث می‌داند که نمی‌توان روایات را براساس آن تبیین کرد.

۲.۳. تفاوت عفت فقهی و اخلاقی

برای روشن شدن تفاوت دقیق میان دو معنای ذکر شده لازم است مقدمه مهمی را تشریح کنیم. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان دستورات شرعی و فقهی را در مقایسه با حکم عقل به سه دسته تقسیم کرد:

أ. احکام و دستورات عقل‌پذیر اثبات‌شدنی: در این دسته احکام، عقل مستقل انسان اولاً سکوت نمی‌کند و ثانیاً به‌صراحت مطابق با همین دستور حکم می‌کند و آن را اثبات می‌کند، به‌گونه‌ای که اگر شرع نیز چنین حکم و دستوری نداشت، عقل به‌صورت مستقل حکم می‌کرد. مثلاً شرع می‌گوید: «کشتن انسان بی‌گناه حرام است.» این در حالی است که عقل نیز قبل از بیان این حرمت شرعی، این کار را کاملاً قبیح و ناپسند می‌داند و از انجام دادن آن پرهیز می‌کند.

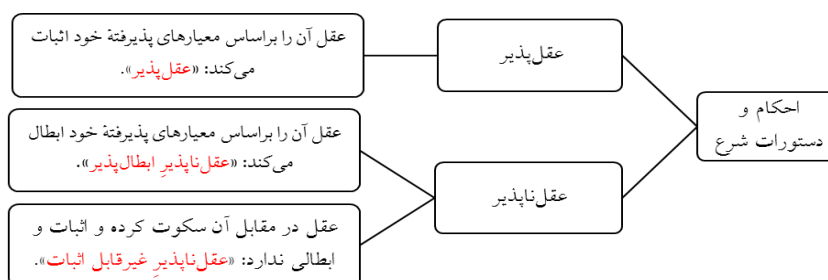
ب. احکام و دستورات عقل‌ناپذیر ابطال‌شدنی: عقل مستقل انسان در این دسته احکام مانند دسته نخست سکوت نمی‌کند اما کاملاً عکس دسته نخست این حکم را صریحاً مخالف عقل تلقی و ابطال می‌کند. طبعاً فقه‌های شیعه بر این باورند که در میان احکام شرعی نمی‌توان مثالی برای این قسم بیان کرد و هیچ حکم شرعی قطعی، مخالف حکم قطعی و صریح عقل وجود ندارد. اما با این وجود برخی از فقیهان نیز چنین احکامی را ذکر کرده و براساس ستیز عقل با این احکام به نفی و انکار آن پرداخته‌اند؛ مثلاً - صرف نظر از قضاوت در این خصوص در این مجال - برخی برابری دیه زن و مرد را حکمی عقل‌ناپذیر ابطال‌شدنی می‌دانند و به همین دلیل در فتوای نادر خود دیه زن و مرد را برابر تلقی می‌کنند.^{۳۲}

ج. احکام و دستورات عقل‌ناپذیر غیرقابل اثبات و ابطال: هرچند عقل در دو دسته قبل حکم صریح داشت و سکوت نمی‌کرد، اما عقل در این دسته از احکام و دستورات سکوت می‌کند و هیچ قضاوت قطعی در باب صحت یا سقم این احکام و دستورات نخواهد داشت. شأن عقل در دسته اول، پذیرش و اثبات و در دسته دوم، مخالفت و ابطال و در این دسته، سکوت است و عقل هیچ قضاوت صریحی نفیاً یا اثباتاً در خصوص این احکام نخواهد داشت. برخی این قسم سوم را «عقل‌گریز» می‌نامند^{۳۳} اما به دلیل اینکه ممکن است این تعبیر معنای عقل‌ناپذیری را به ذهن متبادر کند، از کاربرد آن صرف نظر کرده و این قسم را «عقل ساکت» می‌نامیم. در هر حال، بسیاری از مسائل شرعی در این دسته سوم قرار دارند. اکثریت مسائل عبادی مثل احکام نماز، روزه، حج و مانند آن، عقل ساکت هستند و دلیل اثبات‌کننده آن‌ها، آیات قرآن و روایات معتبری است که ما را به انجام دادن این دستورات و عمل کردن به این احکام ملزم ساخته

۳۲. صناعی، برابری دیه، ۶۵ تا ۶۰.

۳۳. هاشمی شاهرودی، فقه اهل بیت علیهم السلام، ۱۶۲/۴۶.

است. پیداست که ضروری تلقی کردن این دسته از احکام، ریشه در تعبد به شارع دارد و تنها کسانی به این دسته سوم عمل می‌کنند که پیش‌تر وجود خدای متعال، انتساب دین اسلام به او، اعتبار و حجیت این دستورات به عنوان دستورات الهی و سایر مقدمات لازم دیگر را از قبل پذیرفته‌اند، وگرنه بدون التزام به این باورهای اعتقادی پیشین، به طور طبیعی شخص به این دستورات عقل ساکت تن نخواهد داد.



ممکن است اشکال شود که وجود احکام عقل ناپذیر اثبات‌نشده در شریعت، با قاعده ملازمه منافات دارد؛ زیرا براساس این قاعده نه تنها حکم عقل ملازم با حکم شرع است (کلما حکم به العقل حکم به الشرع)، بلکه احکام شرع نیز ملازم با حکم عقل هستند (کلما حکم به الشرع حکم به العقل). پاسخ این است که در بخش دوم قاعده، اگر مراد حکم تفصیلی عقل باشد، فقیهان آن را نمی‌پذیرند و به تعبیر برخی «لا شک فی فسادها لمخالفتها للوجدان الصّحیح»^{۳۴} طبق این احتمال نمی‌توان در خصوص احکام ثابت‌شده از طریق خطابات شرعی، به طور تفصیلی و با عقل مستقل به مصالح و مفاسدی دست یافت که در ورای آن‌هاست.^{۳۵} اما اگر مراد حکم اجمالی، عقل باشد، این معنا صحیح است. طبق این احتمال، در خصوص تمامی دستورات شرعی حتی دستورات عقل ناپذیر اثبات‌نشده بر فرض اینکه مصالح و مفاسد واقعی که در مکلف به یا اصل تکلیف وجود دارد مکشوف شوند، آن‌گاه عقل تنها با این شرط مطابق شرع حکم خواهد کرد.^{۳۶} بنابراین قاعده ملازمه نهایتاً بر تنجیز عقلی احکام عقل ناپذیر اثبات‌نشده دلالت دارد، نه بر لزوم کشف عقلانی مستقل مصالح و مفاسدی که در مکلف به یا اصل تکلیف وجود دارد.

اینک می‌توان تفاوت دو معنای فوق از عفت در ادبیات فقها را تشریح کرد. «عفت اخلاقی» تنها در دایره احکام و دستورات دسته نخست (عقل‌پذیر) ظهور و بروز می‌یابد. فردی که دارای ملکه عفت اخلاقی است حتی ممکن است مسلمان و شیعه نباشد اما قوه شهوانی خود را در مدیریت عقل خویش قرار داده

۳۴. انصاری، مطراح الأنظار، ۲۴۱.

۳۵. اصفهانی، نهاية الدراية، ۳۴۲/۳؛ انصاری، فراند الأصول، ۶۳ تا ۶۲/۱.

۳۶. عراقی، تحریر الأصول، ۱۲۸ تا ۱۲۹.

است و بر همین اساس از بسیاری از رفتارهای جنسی که به حکم عقل ناپسند و رذیله اخلاقی هستند یا بسیاری از تمایلات دیگر در مسائلی نظیر خوردن، آشامیدن و مانند آن دوری می‌کند. اما «عفت فقهی» معنایی خاص‌تر دارد. کسی که به عفت فقهی به معنای مدّ نظر فقهای شیعه ملتزم باشد، اولاً باید مسلمان و شیعه باشد و ثانیاً لازم است به تمام دستورات شرعی عمل کند؛ چه دستورات که عقل‌پذیرند و چه دستورات عمده‌ای که عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده‌اند هستند.

باید توجه داشت که از منظر برخی فقیهان محدودیت‌های ارتباطی بین زن و مرد نامحرم نیز از سنخ امور عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده و تعبدی است؛ یعنی تمام جزئیات آن را نمی‌توان با عقل مستقل و با این بیان که همه آن‌ها موجب تهییج شهوت است، اثبات کرد. در این خصوص گفته شده است: «أما التّظر فلم یثبت كون حرمة من جهة كونه من أسباب تهییج الشّهوة»^{۳۷} و نیز گفته شده است: «أنّ كون المناط فی المذکورات [محدودیت‌های فقهی در روابط زن و مرد نامحرم] تهییج الشّهوة ممنوع بل حرمة التّظر أو کراهته تعبدی»^{۳۸}. بر این اساس، کسانی که این محدودیت‌ها را زیر پا می‌گذارند هرچند رفتار آن‌ها سبب تهییج شهوت دیگران نمی‌شود و مفسده اجتماعی به دنبال ندارد و عقل مستقل بر زشتی آن حکم نمی‌کند - نظیر برهنگی بخشی از موی سر برخی از زنان روستایی - براساس اصطلاح فقهی مرتکب بی‌عفتی می‌شوند، اما براساس اصطلاح اخلاقی رفتار آن‌ها غیرعفیفانه نیست.

۳. تحلیل و بررسی

اصطلاح دوم عفت نزد فقها، هیچ‌یک از خصوصیات شش‌گانه پیشین در اصطلاح مدّ نظر علمای اخلاق را ندارد. اولاً صرف پرهیز از تمایلات نفسانی نیست، بلکه در آن پرهیز از اموری که تعبداً حرام هستند و تمایل نفسانی طبیعی نسبت به آن‌ها وجود ندارد - مانند مراعات تمام محدودیت‌های ارتباطی بین زن و مرد نامحرم، هرچند به هیچ وجه موجب تهییج شهوت نباشد - نیز لازم است؛ ثانیاً عفت در این برداشت صرف غلبه عقل بر قوای شهویه نیست، بلکه درحقیقت غالب ساختن اراده شارع بر رفتارهای خویش است، حتی در مواردی که این اراده و حکم شرعی متناسب با آن عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده باشد؛ ثالثاً در این برداشت ملکه یا حالت بودن عفت به عنوان فضیلتی درونی مطرح نیست، بلکه عفت نظامی رفتاری بیرونی است که براساس عمل به دستور فقهی پی‌ریزی شده است؛ رابعاً در این برداشت، اطلاق عفت درونی و نسبی بودن آثار و رفتارهای بیرونی متأثر از آن مطرح نیست، بلکه عفت عبارت است از:

۳۷. شیرازی، حاشیه المکاسب، ۶۳/۱.

۳۸. یزدی، العروة الوثقی، ۱۷/۱.

عمل به دستوراتی بیرونی که نسبی در آن‌ها وجود ندارد؛ زیرا دستورات شرعی به‌طور عموم فقیهان تا قیامت ثابت و پایدار هستند؛ خامساً در این برداشت نمی‌توان عفت را مادر فضایل نفسانی شمرد؛ زیرا فرد به‌مجرد عمل کردن به تمام دستورات شرعی تنها از نظر شرعی و فقهی عامل به وظایف خود خواهد بود و لزوماً به تمام فضایل نفسانی مزین نخواهد شد و از تمام رذایل نفسانی نیز مبرا نمی‌شود و سادساً در این برداشت، تقسیم عفت به عام و خاص نیز مطرح نیست، بلکه چنان‌که گذشت ملاک تحقق آن پرهیز از مطلق محرّمات شرعی است؛ چه مرتبط با شهوات نفسانی باشند یا نباشند.

باتوجه به توضیحات بیان‌شده معلوم می‌شود که عفت در اصطلاح دوم فقیهان معنایی بسیار خاص و با قیود متعدد است و در صورت لحاظ این تعریف، دایره افراد عقیف بسیار محدود خواهد شد. افراد نامسلمان، بلکه غیرشیعی که به‌صورت طبیعی برخی از محرّمات شرعی در مکتب تشیع را -نظیر عدم پوشش موی سر در زنان یا ترک نماز و طواف نساء در اهل سنت- ترک می‌کنند عقیف نخواهند بود. این در حالی است که دایره افراد عقیف بنابر اصطلاح اول فقیهان و نیز اصطلاح علمای اخلاق بسیار گسترده‌تر خواهد شد و تمام کسانی را شامل می‌شود که از امور ناپسند به حکم عقل پرهیز می‌کنند، حتی اگر به پرهیز از بسیاری از محرّمات شرعی از نظر مکتب ما پایبند نباشند.

حال که دو اصطلاح ذکر شده از عفت در منابع اخلاقی و فقهی نمایان شد، باید به این مهم پرداخت که عفت در متون دینی با کدام معنا به کار رفته است؛ اخلاقی یا فقهی؟ آیا انسان عقیف کسی است که از زشتی‌ها به حکم عقل فطری و خدادادی خود پرهیز می‌کند یا معنای عفت خاص‌تر از این است و تحقق آن مشروط به پرهیز از محرّمات عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده شرعی و فقهی نیز هست؟ برای این منظور ابتدا باید معنای لغوی این واژه را کاوید و سپس استعمالات آن در قرآن کریم و روایات اسلامی را از نظر گذرانید.

۱.۳. عفت در لغت

جامع‌ترین معنایی که برای عفت در لغت بیان شده است، خودنگهداری و محافظت از نفس در قبال تمایلات و شهوات نفسانی است. براین اساس، عفت حالتی در آدمی است که باوجود آن بر تمایلات ناروای خود غالب می‌شود.^{۳۹} مطابق این معنا عفت یک «امر درونی» خواهد بود که از تمایلات غیرشایسته جلوگیری می‌کند.^{۴۰}

بنابر جست‌وجوی نگارنده غالب لغت‌دانان معنای عفت را کف‌نفس به معنای خودنگهداری و کنترل نفس می‌دانند اما در تبیین متعلق این خودنگهداری، تعبیر آن‌ها مختلف است. به‌دیگر سخن، در

۳۹. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۵۷۳/۱.

۴۰. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۷۹/۸.

اینکه عفت دقیقاً کنترل نفس در مقابل چه چیزی است، تعابیر آن‌ها به ظاهر متفاوت می‌شود. عده‌ای چنان‌که گذشت این متعلق را همان تمایلات نفسانی و شهوات افسارگسیخته می‌دانند اما در این میان دست‌کم می‌توان شش تعبیر دیگر را نیز مشاهده کرد: ۱. خودنگهداری از حرام؛^{۴۱} ۲. خودنگهداری از حرام و آنچه زیبا نیست؛^{۴۲} ۳. خودنگهداری از حرام و آنچه قبیح و ناپسند است؛^{۴۳} ۴. خودنگهداری از کار زشت و ناشایست؛^{۴۴} ۵. خودنگهداری از حرام و درخواست از مردم؛^{۴۵} ۶. خودنگهداری از حرام و خواسته‌های دون‌پایه.^{۴۶}

در مقام تحلیل معنای لغوی عفت چند نکته به نظر می‌رسد: اولاً در میان تعابیر متعددی که ذکر شد، جامع‌ترین تعبیر همان «خودنگهداری از تمایلات نفسانی» است؛ زیرا سایر تعابیر به‌کاررفته دو دسته هستند: یا درحقیقت عبارت دیگری از همان تمایلات نفسانی هستند؛ نظیر «کار ناپسند»، «خواسته‌های دون‌پایه» و مانند آن یا مصادیق و مواردی از تمایلات نفسانی محسوب می‌شوند؛ مانند «حرام»، «درخواست از مردم» و مانند آن. ثانیاً تعبیر حرام در اینجا نباید به معنای «حرام شرعی و فقهی» لحاظ شود و نمی‌توان دایره درک این واژه را مؤخر از درک حرام و حلال شرعی دانست؛ زیرا عفت واژه‌ای است که قبل از نزول شریعت در ادبیات عرب رواج داشته است و معنای اصطلاحی جدید نیز پیدا نکرده است، بلکه این تعبیر در حقیقت همان مصداقی از فعل ناشایست و موافق با شهوات نفسانی است. علاوه بر این، خود واژه حرام در لغت به معنای کار ممنوع و نارواست^{۴۷} و این واژه چنان‌که قبل از نزول اسلام نیز رواج داشته است، معنایی جز این نداشته است.^{۴۸} در نتیجه، به تعبیر برخی از لغت‌دانان این تعابیر خود معنای واژه عفت نیستند، بلکه اموری تقریبی هستند که ذهن را به همان معنای اصلی و جامع ذکرشده نزدیک می‌کنند.^{۴۹} ثالثاً تمایلات شهوانی و خواسته‌های نفسانی غیرصالح، معنایی کلی، گسترده و فراتر از خصوص تمایلات جنسی است. بنابراین، عقیف در معنای لغوی خودش به خصوص کسی که در مسائل جنسی اهل مراقبت است اطلاق نمی‌شود، بلکه در معنایی گسترده‌تر، علاوه بر اینکه چنین فردی را در بر می‌گیرد، عقیف در

۴۱. فراهیدی، کتاب العین، ۹۲/۱؛ حمیری، شمس العلوم، ۴۲۸۲/۷.

۴۲. ابن سیده، المحکم و المحيط الأعظم، ۱۰۲/۱؛ ابن منظور، لسان العرب، ۲۵۳/۹.

۴۳. صعیدی، موسی، الاصحاح فی فقه اللغة، ۳۰۳/۱.

۴۴. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۳/۴.

۴۵. ابن اثیر، النهاية فی غریب الحديث و الأثر، ۲۶۴/۳.

۴۶. مهنا، لسان اللسان، ۱۹۶/۲؛ مرتضی زبیدی، تاج العروس، ۳۹۳/۱۲.

۴۷. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۲۷۲/۲.

۴۸. ابن منظور، لسان العرب، ۱۶۶/۱۱.

۴۹. مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۸۰/۸.

سایر تمایلات نفسانی غیرشایسته را نیز شامل می‌شود. برای مثال، شخصی که تمایل خود بر ستم بر دیگران و استفاده ابزاری از آن‌ها را کنترل می‌کند یا آن دیگری که تمایل خود در بهره‌گیری از خوردنی‌ها و نوشیدنی‌ها را مدیریت می‌کند نیز عقیف محسوب می‌شود. رابعاً چنان‌که گذشت برخی لغت‌دانان به «امر درونی‌بودن عفاف» تصریح دارند. علاوه بر این، نکته مشترک در اظهارات آنان «کف النفس» شمردن عفت است و شکی نیست که کف النفس امری درونی و حالتی از حالات نفس است که در مرحله بعد آثار بیرونی آن در رفتار انسان منعکس می‌شود.

براساس نکات بیان شده معلوم می‌شود که تفسیر لغت‌دانان از عفت به اصطلاح اخلاقی آن بسیار نزدیک است و هیچ دلیل روشنی بر اختصاص آن به معنای مقید و فقهی عفت وجود ندارد، بلکه کف النفس شمردن و درونی دانستن آن و نیز ذکر مصادیقی برای آن، که نیازمند به بیان شرع نیستند، نشان می‌دهد که این معنای لغوی که از قبل نزول شریعت نیز وجود داشته است، نزدیک به همان معنای مدّ نظر علمای اخلاق است و از این منظر اصطلاح علمای اخلاق «حقیقت لغویه» است و برخلاف برداشت برخی فقیهان^{۵۰} نمی‌توان آن را اصطلاح خاص علمای اخلاق شمرد. درحقیقت، آنچه اصطلاح خاص است و از حقیقت لغویه فاصله گرفته است، اصطلاح دوم فقهاست؛ زیرا مقید به حرام شرعی شده است و محرمات شرعی عقل ناپذیر اثبات‌نشده بعد از نزول شرع تعیین یافته‌اند و قبل از آن دلیلی مستقل بر قبح و ناروایی آن‌ها وجود نداشته است.

۲.۳. عفت در قرآن کریم

مشتقات واژه عفت چهار مرتبه در قرآن کریم به کار رفته است. بررسی این موارد نشان می‌دهد که عفت مذکور در این آیات، منطبق با همان عفت اخلاقی-عقلانی است. دو مورد نخست از این آیات، در عفت به معنای عام آن (خویش‌داری در مطلق تمایلات نفسانی) و دو مورد دیگر در معنای خاص آن (خویش‌داری در تمایلات جنسی) به کار رفته است.

در مورد اول خداوند متعال در این آیه ۲۷۳ سوره بقره می‌فرماید: «لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ» [انفاق و صدقات] حقّ نیازمندی است که در راه خدا [به سبب جنگ یا طلب دانش یا بیماری یا عوامل دیگر] در تنگنا افتاده‌اند [و] نمی‌توانند در زمین سفر کنند؛ فرد ناآگاه آنان را از شدت عفتی که دارند توانگر می‌پندارد.»

پیداست که عفت در این آیه به معنای «خوشتن‌داری در مقابل تمایل درونی» است. انسان فقیر طبیعتاً به ثروت و مالی که دیگران در دست دارند، تمایل دارد اما با این همه وقتی برخوردار از ملکه عفت باشد، مناعت طبع پیشه می‌کند و عرض و آبروی خود را برای رسیدن به دارایی دیگران هزینه نمی‌کند. مفسران این عفت را به معنای کف النفس - که حالتی درونی است - شمرده و متعلق آن را کف النفس نسبت به «آنچه در دست مردم است»^{۵۱} یا «درخواست کردن از ثروتمندان»^{۵۲} دانسته‌اند.

در مورد دوم در آیه ششم سورة نساء در خصوص کسانی که سرپرستی ایتام را برعهده دارند و از دارایی آنان مراقبت می‌کنند، می‌فرماید: «مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ؛ هرکسی که توانگر است باید عفت پیشه کند و هرکسی که تهیدست است به اندازه متعارف [در قبال زحماتی که برای مراقبت از مال یتیم می‌کشد از اموال او] مصرف نماید.»

پیداست که انسان حتی در فرض غنی بودن و توانگری، از دارایی بیشتر استقبال می‌کند و به آن تمایل دارد. در چنین شرایطی تنها انسان عقیف است که می‌تواند با این تمایل درونی مقابله و آن را مهار کند. بنابراین، در این آیه شریفه سخن از کنترل میل نفسانی در بهره‌مندی از اموال یتیم به میان آمده است.^{۵۳} به هررویی به نظر می‌رسد مسئله «مناعت طبع فقیر از درخواست کردن» در آیه اول و نیز «پرهیزکاری انسان توانگر از تصرف در اموال یتیم» در آیه دوم، هر دو مصداق «عفت اخلاقی-عقلانی» هستند؛ به این معنا که عقل مستقل به شایستگی این دو حکم می‌کند و دستوری «عقل‌ناپذیر اثبات‌نشدنی» تلقی نمی‌شوند. حکم به شایستگی عفت در این دو آیه نیازمند التزام به شریعت و نظام فقهی خاصی نیست، بلکه حکمی عقلی وجدانی است.

در مورد سوم در آیه ۳۳ سورة نور می‌فرماید: «وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ؛ و کسانی که ازدواجی نمی‌یابند باید عفت پیشه کنند تا خدا آنان را از فضل خود توانگر سازد.» مقصود از نیافتن ازدواج، فقدان اسباب آن؛ نظیر شغل، مسکن، مورد مناسب و مانند آن است.^{۵۴} بنابراین، آیه شریفه افرادی را که فعلاً امکان ازدواج ندارند و نمی‌توانند وسایل و مقدمات آن را فراهم کنند، امر به عفت‌پیشگی کرده است.

پیداست که عفت در این آیه برخلاف دو آیه پیشین به معنای خاص خود به کار رفته است؛ زیرا آنچه

۵۱. شببانی، نهج البیان عن کشف معانی القرآن، ۳۵۱/۱.

۵۲. شبر، الأصول الأصلية والقواعد الشرعية، ۸۲؛ بلاغی، آلاء الرحمن، ۲۴۰/۱.

۵۳. بلاغی، آلاء الرحمن، ۱۶/۲؛ طوسی، الثبیان، ۱۱۹/۳؛ صادقی تهرانی، الفرقان فی تفسیر القرآن، ۲۳۴/۶.

۵۴. طباطبایی، المیزان، ۱۱۳/۱۵؛ حائری طهرانی، مقتنیات الدرر، ۳۴۴/۷.

انسان را به ازدواج ترغیب می‌کند، تمایلات جنسی است و کنترل و مراقب این تمایلات، همان عفت اخلاقی به معنای خاص است.

ممکن است گفته شود که عفت در این آیه به معنای فقهی به کار رفته است، نه معنای اخلاقی؛ زیرا این عقل نیست که انسان ناتوان از نکاح و ازدواج را به عفت و پرهیزکاری دعوت می‌کند، بلکه این حکم شرع به حرام بودن زنا و روابط جنسی غیر مشروع است که چنین چیزی را الزام می‌کند. در واقع، در این آیه عفت به معنای «کنترل نفس در مقابل کار قبیح» (عفت اخلاقی) نیست، بلکه به معنای «کنترل نفس در مقابل حرام شرعی» (عفت فقهی) است.

اما به نظر می‌رسد این اشکال وارد نیست؛ زیرا نکاح و شایسته بودن آن امری شرعی نیست، بلکه قبل از شرع، عقل به شایستگی آن حکم می‌کند. نکاح به معنای رعایت شرایط و ضوابط در ارتباط جنسی، مسئله‌ای است که در تمام اقوام و ملل رایج بوده است و چیزی نیست که تنها در فقه اسلامی بیان شده باشد. به همین دلیل است که پیامبر اکرم (ص) از نسبت دادن حرام‌زادگی حتی به مشرکان نیز نهی می‌کند و می‌فرماید: «لَا تَسُبُّوا أَهْلَ الشَّرْكِ فَإِنَّ لِكُلِّ قَوْمٍ نِكَاحًا»^{۵۵} بنابراین، عفت در این آیه به این معناست که انسان وقتی نمی‌تواند با ضوابط و شرایط تن به ازدواج دهد، مجاز نیست تا به اباحی‌گری رو آورد و به هرگونه رابطه جنسی تن دهد.

آری، اگر مخاطب آیه را خصوص مسلمانان و مؤمنان بدانیم -چنان‌که آیه نیز متضمن بیان احکام شرعی و فقهی به مؤمنان است- آن‌گاه مقصود از نکاح در این آیه، خصوص نکاح فقهی خواهد بود و عفت‌پیشگی در آن نیز مستلزم عمل به احکام شرع خواهد بود. اما به نظر می‌رسد دلیل متقنی بر اختصاص مخاطب در این بخش آیه شریفه وجود ندارد و می‌توان بر معنای عام و اخلاقی آن -که فراشرعی است- ملتزم ماند. پیداست که در این فرض آیه شریفه عموم انسان‌ها را دعوت به عفت‌پیشگی در روابط جنسی کرده است و این دعوت، دعوتی عقل‌پذیر و فراققهی است اما به سبب تعبدی که مسلمانان به احکام فقهی دارند طبعاً لازم است به نکاح با شرایط و ضوابط شرعی آن تن دهند و این نکته چیزی نیست که از خصوص این آیه و امر به عفت در آن به دست آید، بلکه دستوری است که با لحاظ کلیت احکام شرع، الزامی تلقی می‌شود.

در مورد چهارم در آیه ۶۰ سوره نور می‌فرماید: «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَغْفِنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ؛ بر زنان

ازکارافتاده‌ای که امید زناشویی ندارند، گناهی نیست که پوشش خود را کنار نهند، درحالی‌که زینتی را با خودآرایی آشکار نکنند و عفت‌ورزیدن برای آن‌ها بهتر است.^{۵۶} این آیه درباره زنان بازنشسته و سال‌خورده‌ای که امیدی به ازدواج ندارند و دیگران نیز رغبتی به ازدواج با آنان ندارند دو توصیه دارد: اولاً باکی بر آن‌ها نیست که وضع ثیاب کنند و از حجاب شرعی خود بکاهند و ثانیاً عفت‌پیشه کردن برای آن‌ها بهتر است. در خصوص این توصیه دوم، عموم مفسران مصداق عفت‌ورزیدن را همان پوشش و حجاب دانسته و در تبیین این دیدگاه اختلافاتی جزئی دارند. برخی عفت را به معنای پوشیده‌بودن و حجاب شرعی دانسته،^{۵۷} عده‌ای دیگر آن را کنایه از حجاب به شمار آورده،^{۵۸} برخی دیگر آن را به معنای مبالغه و سخت‌گیری در پوشش دانسته،^{۵۹} گروهی دیگر آن را رعایت پوشش شرعی از باب عمل به احتیاط شمرده^{۶۰} و گروهی دیگر بر این باورند که عفت مدّ نظر در این آیه به سبب حجاب تأمین می‌شود.^{۶۱}

به نظر می‌رسد حلقه اشتراک تمام این برداشت‌ها از آیه شریفه همان عفت اخلاقی-عقلانی است؛ زیرا عقل مستقل خود به بهتربودن توصیه به پوشش برای این زنان حکم می‌کند. به دیگر سخن، حجاب این زنان به معنای پوشش تمام بدن و نهایتاً استثنای وجه و کفین چنان‌که در سایر زنان آزاد مسلمان این وظیفه وجود دارد، قدرمتیقن از پوشش عفیانه است و عقل به استحسان این مقدار از مراقبت و تحفظ حکم می‌کند و این دستور، نه امری عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده، بلکه ارشاد به مسئله‌ای عقل‌پذیر است؛ زیرا درباره این زنان نیز از باب احتیاط عقلی-چنان‌که برخی مفسران فوق نیز به احتیاط تصریح داشتند-مراعات پوشش به عفت‌ورزیدن نزدیک‌تر است. بنابراین، عفت در این آیه نیز منطبق بر معنای اخلاقی است.

نتیجه اینکه، عفت در آیات قرآن کریم معنای جدیدی ندارد و درحقیقت به همان معنایی که قبل از قرآن در لغت عرب استعمال می‌شده است، به کار رفته است. از این منظر، عفت نظیر واژگانی مثل دروغ، نفاق، بخل، حسد و مانند آن است؛ واژگانی بین‌الاذهانی و فرادینی که فرهنگ دین خاصی آن‌ها را ایجاد نکرده است و برخلاف واژگانی نظیر صلاة، حج، زکات، جهاد و مانند آن، از اختراعات دین اسلام به شمار نمی‌روند. به تعبیر رایج در علم اصول، عفت دارای «حقیقت لغوی» است و همان معنای لغوی که از پیش داشته، در اسلام نیز به کار رفته است، برخلاف برخی دیگر از واژگان که «حقیقت شرعی» دارند و در

۵۶. حسینی همدانی، انوار درخشان در تفسیر قرآن، ۱۱/۴۱۸ تا ۱۹/۴۱۹؛ خرم‌دل، تفسیر نور، ۱/۷۴۳؛ طنطاوی، التفسیر الوسیط للقرآن الکریم، ۱۰/۱۵۴؛ مغنیه، التفسیر الکاشف، ۵/۴۴۰.

۵۷. طباطبایی، المیزان، ۱۵/۱۶۴.

۵۸. زبیدی، التیسیر فی التفسیر للقرآن بروایة اهل البیت، ۵/۱۴۱؛ جرجانی، تفسیر شاه‌ی، ۲/۳۷۱؛ اشکوری، تفسیر شریف لاهیجی، ۳/۳۱۱.

۵۹. حمزازی، التفسیر الواضح، ۲/۷۰۰؛ زحیلی، التفسیر المنیر، ۲/۱۷۷۱.

۶۰. طبرسی، الوجیز، ۷۳/۴۷۳؛ سلطان علیشاه، بیان السعادة فی مقامات العبادة، ۳/۱۳۱؛ ابن عربی، احکام القرآن، ۱۳/۱۴۰.

فرهنگ اسلامی معنای جدید و اصطلاحی خاص پیدا کرده‌اند، که تا قبل از اسلام با همان حدود و ثغور خبری از آن‌ها نبوده است.

۳.۳. عفت در روایات

بررسی روایات اسلامی نشان می‌دهد که عفت در این مقام نیز معنای جدیدی پیدا نکرده است و همان معنای لغوی که پیش‌تر قریب به معنای اخلاقی شمرده شد، در روایات نیز مدّ نظر قرار گرفته است. به همین دلیل است که اکثر ویژگی‌های عفت لغوی و اخلاقی را می‌توان در روایات تفسیرکننده عفت به‌وضوح مشاهده کرد. توضیح اینکه، بررسی روایات نشان می‌دهد: اولاً عفت در روایت اسلامی به زهد تفسیر شده است.^{۶۱} و زهد به معنای ترک و اعراض از مشتهیات دنیوی است.^{۶۲} چنان‌که ریشه عفت نیز قناعت شمرده شده^{۶۳} و قناعت با رضایت به کم همراه است.^{۶۴} پیداست که این دو امر با خویشتن‌داری و کف‌النفس در قبال تمایلات نفسانی که در معنای لغوی و اخلاقی عفت مطرح شده‌اند، پیوند وثیق دارند؛ ثانیاً در برخی روایات پیوند عفت با خردورزی و عقلانیت نیز به چشم می‌خورد، به‌گونه‌ای که عاقلان، اهل عفت‌ورزیدن شمرده شده‌اند،^{۶۵} همان‌طور که این ویژگی از اوصاف انسان‌های زیرک و کیس شمرده شده^{۶۶} و کیس، همان عاقل است.^{۶۷} و علاوه بر این، از منظر برخی روایات این عاقلان هستند که از طریق بهره‌مندی از ویژگی عفت، به سایر خوبی‌ها راه می‌یابند؛^{۶۸} ثالثاً در روایات متعددی عفت به‌عنوان مادر فضایل و سرچشمه همه خوبی‌ها^{۶۹} یا به‌عنوان فضیلتی بسیار بزرگ شناخته شده است.^{۷۰} و علاوه بر این، صفتی کلیدی محسوب می‌شود که اوصافی شایسته نظیر خشنودی، خضوع، آسایش، فروتنی، تذکر، تفکر و سخاوت از آن منشعب می‌شود؛^{۷۱} رابعاً عفت در روایات اسلامی، ویژگی درونی و نفسانی است. از منظر برخی روایات این عفت است که نفس و جان را صیانت و مراقبت می‌کند^{۷۲} و این نفس و جان انسان‌های

۶۱. آمدی، غرر الحکم، ۱۹.

۶۲. ابن‌منظور، لسان العرب، ۱۹۶/۳.

۶۳. مجلسی، بحار الانوار، ۷/۷۵.

۶۴. طریحی، مجمع البحرین، ۳۸۴/۴.

۶۵. لثی واسطی، عیون الحکم و المواعظ، ۴۲۸.

۶۶. آمدی، غرر الحکم، ۴۴.

۶۷. ابن‌منظور، لسان العرب، ۲۰۱/۶.

۶۸. ابن‌شعبه، تحف العقول، ۱۷.

۶۹. شریف‌الرضی، نهج البلاغة، ۵۹۹؛ لثی واسطی، عیون الحکم و المواعظ، ۴۵.

۷۰. کلینی، الکافی، ۷۹/۲.

۷۱. ابن‌شعبه، تحف العقول، ۱۷.

۷۲. آمدی، غرر الحکم، ۱۰۱.

متقی است که به این ویژگی متصف می‌شود.^{۷۳} در برخی دیگر از روایات نیز شاهد پیوند آشکار این صفت با کمالات درونی نفس؛ نظیر رضای به مقدار کفاف^{۷۴} و صبر در مقابل شهوات^{۷۵} هستیم و این اتصال نیز تأییدکننده درونی‌شمردن عفت در روایات است. افزون بر نکات قبل، در برخی روایات نیز با لسان حصر بیان شده است که «تنها به سبب عفاف اعمال انسان پاک می‌شود»^{۷۶} و این تعبیر نشان می‌دهد که عفت خود عمل بیرونی نیست، بلکه کمالی نفسانی و درونی است که سبب پاک‌شدن اعمال بیرونی می‌شود.

۳. ۴. عدم امکان حمل متون دینی بر عفت فقهی-شرعی

پس از شرح معنای اخلاقی و فقهی عفت و نیز بررسی لغوی، قرآنی و روایی این واژه به نظر می‌رسد «عفت فقهی-شرعی» نوعی اصطلاح و حقیقتی متشرعیه است که نمی‌توان آیات و روایات اسلامی را بدون قرینه براساس آن درک کرد. این مدعا با بیان نکات ذیل واضح می‌شود:

اولاً بررسی لغت‌شناسانه‌ای که در بخش‌های قبل بیان کردیم معنای لغوی این واژه را نمایان می‌سازد؛ معنایی که کاملاً با کاربرد این واژه در اخلاق اسلامی نیز انطباق دارد. به‌دیگر سخن، عفت در لغت و اخلاق و نیز متون دینی، «عفت اخلاقی-عقلانی» است، نه «عفت فقهی-شرعی» و ادعای به‌کاررفتن عفت در معنایی جدید، ادعایی نیازمند به اقامه دلیل و خلاف اصل است. در نتیجه، در صدق معنای این واژه پرهیز از اموری عقل‌پذیر - که عقل بر نارو بودن آن‌ها دلالت دارد اما در عین حال تمایلات نفسانی آدمی را به سمت آن‌ها می‌کشاند - کفایت می‌کند و پرهیز از مخالفت با احکام و دستورات عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده شرط تحقق معنای آن نیست.

آری، اگر شخصی در خصوص دستوری تعبدی انتساب آن به شارع را پذیرفته باشد و اعتبار و حجیت این دستور برای او ثابت شده باشد و در عین حال به مخالفت با آن پردازد، در معنای لغوی و اخلاقی نیز عفت محسوب نمی‌شود؛ زیرا عقل در خصوص این دستور ساکت نخواهد بود و انسان را ترغیب به پرهیز از آن خواهد کرد. مثلاً اگر شخصی با علم به حرمت شکستن بی دلیل نماز، نماز خود را می‌شکند، مراتبی از بی‌عفتی اخلاقی را واجد است؛ زیرا شکستن نماز را دوگونه می‌توان لحاظ کرد: ازسویی به‌عنوان «رفتاری عقل‌ناپذیر و اثبات‌نشده» لحاظ می‌شود و پیداست که ارتکاب آن از این جهت عملی غیرعقیقانه نیست و ازسویی دیگر، «مخالفت با حکم معلوم الهی» لحاظ می‌شود و از این نظر رفتاری قابل

۷۳. ابن‌بابویه، صفات الشیعة، ۲۰.

۷۴. مفید، الارشاد، ۲۹۹/۱.

۷۵. نوری، مستدرک الوسائل، ۲۶۳/۱۱.

۷۶. نوری، مستدرک الوسائل، ۲۶۳/۱۱.

۷۷. آمدی، غرر الحکم، ۲۹۹.

قضاوت عقلانی و غیرعقیفانه است. شخصی که به لحاظ دوم دست یافته است و درعین حال این عمل را مرتکب می‌شود، درحقیقت به نوعی تجری مبتلاست و با جرئت به مخالفت با شارع پرداخته و پیداست که این جرئت‌ورزی در مقابل حق، نوعی عمل به تمایلات سرکش نفسانی است و از این نظر امری غیرعقیفانه تلقی می‌شود. اما در جایی که شخص، جاهل به این انتساب است و تنها به لحاظ اول دست یافته است، نمی‌توان مخالفت او را منافی با عفت اخلاقی تلقی کرد؛ مانند صاحبان ادیان و مذاهب دیگر یا افراد بی‌موالاتی که از دستورهای شرع اطلاع ندارند یا کسانی که به هر دلیل در انتساب این دستور به شرع تردید می‌کنند یا به صورت روشمند و علمی با آن مخالفت می‌ورزند و حجیت و اعتبار شرعی آن را بر نمی‌تابند.

ثانیاً به نظر می‌رسد در روایت پیشین از امام صادق(ع) -که شرایط عدالت در آن بیان شده است- نیز عفت معنایی فراتر از معنای لغوی ندارد. در این روایت، عفت و ستر با عطف تفسیری در کنار هم قرار گرفته‌اند و ستر در لغت به معنای حیاست که معنایی اخلاقی و عقل‌پذیر است.^{۷۸} این عطف تفسیری نشان می‌دهد که عفت در این روایت چیزی غیر از عفت اخلاقی نیست. آری، در ادامه روایات به صراحت در خصوص پرهیز از محرمات شرعی و عمل به واجبات شرعی سخنی گفته شده است و این بخش از روایت است که اجتناب از محرمات و انجام واجبات را الزامی می‌کند، وگرنه اگر در روایت به صرف عفاف پسندیده شده بود، این روایت تنها دلالت بر لزوم عفت اخلاقی داشت و بیش از این دلالتی از آن بر نمی‌آمد. بنابراین لزوم ترک محرمات عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده را نمی‌توان با این فقره از روایت اثبات کرد، بلکه این شرط عدالت با ادامه این روایت ثابت می‌شود که در آن می‌فرماید: «تُعَرَفُ بِاجْتِنَابِ الْكِبَائِرِ». علاوه بر اینکه، در عصر امام صادق(ع) به حسب شرایط خارجی، حجت بر افراد تمام بوده است و در انتساب محرمات عقل‌ناپذیر اثبات‌نشده به شارع تردید وجود نداشته است، از این رو مخالفت با آن‌ها نیز نوعی مخالفت با «دستور معلوم الهی» و عمل به تمایلات نفسانی است و عبور از عفت اخلاقی محسوب می‌شود.

ثالثاً ادعای این نکته که در عصر شارع عفت معنای فقهی داشته است،^{۷۹} محل تأمل است. اصل در لغات، حقیقت لغویه داشتن است؛ به این معنا که هر واژه به کاررفته در آیات و روایات به همان معنای لغوی به کار رفته است و خلاف این امر دلیل می‌طلبد. کسی که ادعا می‌کند یک واژه معنای جدیدی پیدا کرده است، لازم است برای این مدعا دلیل روشنی اقامه کند. این در حالی است که در عبارات مذکور دلیلی بر این مدعا ذکر نشده است و شواهد لغوی، قرآنی و روایی نیز خلاف آن را نمایان می‌سازد.

۷۸. فراهیدی، کتاب العین، ۲۳۷/۷.

۷۹. مجلسی، روضة المتقین، ۱۰۵/۶؛ خویی، التفتیح، ۲۶۶/۱.

در نتیجه، لازم است به همان معنای لغوی ملتزم ماند و عفت را در معنای جدید و خاص تر (معنای فقهی - شرعی) به کار نبرد.

رابعاً ممکن است گفته شود که آنچه معنای فقهی - شرعی خوانده شده، معنای جدیدی برای عفت نیست. توضیح اینکه، فقیهان در این گروه نیز عفت را به معنای همان کف النفس می دانند و نهایتاً دیدگاه موسعی در متعلق کف دارند و برخلاف دیدگاه نخست، متعلق کف را از خصوص امور عقل پذیر، به مسائل شرعی عقل ناپذیر اثبات نشدنی نیز توسعه داده اند. اما این اشکال وارد به نظر نمی رسد؛ زیرا کف النفس، از مفاهیم ذات تعلق است و بدون لحاظ متعلق نمی توان معنای روشنی برای آن لحاظ کرد تا به عنوان معنای عفت و مابه الاشتراک هر دو دیدگاه فقهی شمرده شود. افزون بر این، بررسی های لغوی و قرآنی و روایی این نوشتار نشان داد که در استعمالات عفت این توسعه در متعلق کف وجود نداشته است و عفت ورزیدن به عنوان مفهومی مستقل از تعبد به دینی خاص با مسئله عقلانیت پیوند داشته است.

نتیجه گیری

عفت در دانش اخلاق به معنای خویش داشتن داری در مقابل تمایلات نفسانی است که: اولاً میان روی در این تمایلات است؛ ثانیاً به سبب سلطه عقل بر قوای شهوانی محقق می شود؛ ثالثاً ملکه یا حالتی درونی است که فضیلتی برای نفس محسوب می شود؛ رابعاً این امر درونی ارزشی مطلق دارد اما آثار بیرونی آن تا حدودی نسبی هستند؛ خامساً این فضیلت درونی مادر سایر فضایل است و سادساً در معنایی عام، کف النفس در مقابل مطلق خواهش های نفسانی و در معنایی خاص، کف النفس در مقابل تمایلات جنسی است.

اما عفت در دانش فقه دو کاربرد دارد: کاربرد نخست کاملاً منطبق با اصطلاح اخلاقی (عفت اخلاقی) است اما کاربرد دوم آن عبارت است از: ترک مطلق محرمات شرعی؛ چه عقل پذیر باشند و چه عقل ناپذیر اثبات نشدنی (عفت فقهی). این کاربرد دوم در تمام خصوصیات شش گانه پیشین با معنای اخلاقی عفت تمایز دارد.

عفت در لغت نیز به معنای خویش داشتن داری در تمایلات نفسانی است. لغت دانان صرف نظر از تصریح به درونی بودن آن، در این نکته اتفاق دارند که عفت «کف النفس» است و برای آن متعلقات متعددی ذکر کرده اند. لازمه این دیدگاه، درونی شمردن عفت از منظر لغت دانان است. بنابراین، عفت در معنای لغوی خود به اصطلاح اخلاقی عفت نزدیک است و از اصطلاح خصوص فقهایی که آن را ترک محرمات عقل ناپذیر اثبات نشدنی نیز می شمارند، فاصله دارد.

مشتقات چهارگانه عفت در قرآن کریم نیز به عفت اخلاقی نزدیک هستند و در تمام آن‌ها عفت به معنای خویش‌داری در مقابل تمایلات نفسانی و امری عقل‌پذیر است. موارد کاربرد عفت در روایات اسلامی نیز به همان معنای عفت اخلاقی نزدیک است. عفت در روایات به خویش‌داری در حوزه مشتهیات نفسانی تفسیر شده است و پیوندی عمیق با عقلانیت دارد و سرچشمه سایر فضایل و ویژگی‌های درونی و نفسانی محسوب شده است. عفت فقهی - که تنها برخی از فقیهان آن را مطرح کرده‌اند - اصطلاحی مضیق در دانش فقه و حقیقتی متشرعیه است و نمی‌توان متون دینی را بدون قرینه بر این اصطلاح حمل کرد. مطابق اصل، عفت در متون دینی حقیقت لغوی دارد و منطبق با همان معنای لغوی و اصطلاح اخلاقی - که برخی دیگر از فقیهان نیز آن را در نظر داشته‌اند - است.

منابع

قرآن کریم.

آمدی، عبدالواحد بن محمد. غرر الحکم. قم: دار الکتاب الإسلامی. ۱۴۱۰ق.

ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهاية فی غریب الحديث و الأثر. به تصحیح طاهر احمد زاوی، محمود محمد طنحی. قم: اسماعیلیان. بی‌تا.

ابن بابویه، محمد بن علی. صفات الشیعة. به تصحیح امیر توحیدی. تهران: زواره. ۱۳۸۰.

ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لا یحضره الفقیه. به تصحیح علی اکبر غفاری. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۶۳.

ابن سیده، علی بن اسماعیل. المحکم و المحيط الأعظم. به تصحیح عبدالحمید هنداوی. قم: دار الکتب العلمیه. بی‌تا.

ابن شعبه، حسن بن علی. تحف العقول فیما جاء من الحکم و المواعظ فی آل الرسول. به تصحیح علی اکبر غفاری. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۳۶۳.

ابن عربی، محمد بن عبدالله. احکام القرآن. به تصحیح علی محمد بجاوی. بی‌جا: دار الجیل. بی‌تا.

ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. به تصحیح عبدالسلام محمد هارون. قم: دار احیاء الکتب العربیه. ۱۴۰۴ق.

ابن مسکویه، احمد بن محمد. تهذیب الأخلاق و تطهیر الأعراق. به تصحیح عماد هلالی. بی‌جا: طلیعة النور. ۱۴۲۶ق.

- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الفکر. ۱۴۱۴ق.
- ابو حیان توحیدی، علی بن محمد. البصائر و الذخائر. بیروت: دار الصادر. بی تا.
- ابو حیان توحیدی، علی بن محمد. الصداقة و الصدیق. به تصحیح ابراهیم کیلانی. دمشق: دار الفکر. ۱۴۲۱ق.
- اشتهاردی، علی پناه. مدارک العروة. تهران: دار الأسوة. ۱۴۱۷ق.
- اشکوری، محمد بن علی. تفسیر شریف لاهیجی. به تصحیح جلال الدین محدث. تهران: دفتر نشر داد. بی تا.
- اصفهانی، محمد حسین. نهاية الدراية فی شرح الکفاية. قم: سید الشهدا. ۱۳۷۴.
- امین، احمد. الأخلاق. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۴۲۶ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. فرائد الأصول. لجنة التحقيق تراث الشيخ الاعظم. قم: مجمع الفکر الإسلامی. ۱۴۲۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. مطارح الأنظار. به تصحیح ابوالقاسم کلانتری نوری. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۰۴ق.
- بروجردی، حسین. تبیان الصلاة. قم: گنج عرفان. ۱۴۲۶ق.
- بلاغی، محمد جواد. آلاء الرحمن فی تفسیر القرآن. بی جا: وجدانی. بی تا.
- بیهقی، احمد بن حسین. شعب الإيمان. به تصحیح ابوهاجر محمد سعید زغلول. بیروت: دار الکتب العلمیة، منشورات محمد علی بیضون. ۱۴۲۱ق.
- جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم. تفسیر شاهي. به تصحیح ولی الله اشراقی، شهاب الدین مرعشی. قم: نوید. بی تا.
- حائری طهرانی، علی. مقتنیات الدرر. قم: دار الکتب الإسلامیة. بی تا.
- حجازی، محمد محمود. التفسیر الواضح. بیروت: دار الجیل. بی تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. به تصحیح محمدرضا حسینی جلالی. قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۴۰۹ق.
- حسینی همدانی، محمد. انوار درخشان در تفسیر قرآن. به تصحیح محمد باقر بهبودی. قم: لطفی. بی تا.
- حسینی شیرازی، محمد. من فقه الزهراء علیها السلام. قم: رشید. ۱۴۲۸ق.
- حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بی جا: دار الفکر المعاصر. بی تا.
- خرم دل، مصطفی. تفسیر نور. تهران: احسان. بی تا.
- خمینی، روح الله. شرح حدیث «جنود عقل و جهل». قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س). بی تا.
- خویی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: زیر نظر لطفی. ۱۴۱۸ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. الذریعة فی مکارم الشریعة. به تصحیح ابوالیزید عجمی. قم: الشریف الرضی. ۱۳۷۳.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات ألفاظ القرآن. بیروت: دار القلم - الدار الشامیة. ۱۴۱۲ق.
- زبیدی، ماجد ناصر. التیسیر فی التفسیر للقرآن بروایة اهل البيت. بیروت: دار المحجة البيضاء. ۱۴۲۸ق.
- زحیلی، وهبة. التفسیر المنیر فی العقیدة و الشریعة و المنهج. دمشق: دار الفكر المعاصر. ۱۴۱۱ق.
- سبزواری، هادی بن مهدی. شرح نبراس الهدی. قم: بیدار. ۱۴۲۱ق.
- سجاسی، اسحاق بن ابراهیم. فرائد السلوك فی فضائل الملوك. به تصحیح غلامرضا افراسیابی. تهران: پاژنگ. ۱۳۶۸.
- سلطان علیشاه، سلطان محمد بن حیدر. بیان السعادة فی مقامات العبادة. بیروت: اعلمی. ۱۴۰۸ق.
- شبر، عبدالله. الأصول الأصلية و القواعد الشرعية. قم: المفید. ۱۴۰۴ق.
- شریف الرضی، محمد بن حسین. نهج البلاغة. تهران: بنیاد نهج البلاغة. ۱۳۷۲.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. رسائل الشهيد الثاني. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.
- شیبانی، محمد. نهج البیان عن كشف معانی القرآن. به تصحیح حسین درگاهی. قم: الهادی. بی تا.
- شیرازی، محمد تقی. حاشیة المكاسب. قم: الشریف الرضی. ۱۳۷۰.
- صادقی تهرانی، محمد. الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنة. قم: اعلمی. ۱۳۶۵.
- صانعی، یوسف. برابری دیه. قم: فقه الثقلین. ۱۳۸۴.
- صدر، رضا. الاجتهاد و التقليد. به تصحیح باقر خسروشاهی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. بی تا.
- صدر، محمد. ما وراء الفقه. قم: دار المحبین. ۱۴۲۷ق.
- صعیدی، عبدالفتاح، حسین یوسف موسی. الإفصاح فی فقه اللغة. قم: مكتب الإعلام الإسلامی. ۱۴۱۰ق.
- طباطبایی قمی، تقی. الغایة القصوى فی التعليق علی العروة: الاجتهاد و التقليد. قم: محلاتی. ۱۴۲۴ق.
- طباطبایی قمی، تقی. ثلاث رسائل. قم: محلاتی. بی تا.
- طباطبایی، محمد حسین. المیزان فی تفسیر القرآن. قم: اعلمی. ۱۴۱۷ق.
- طبرسی، فضل بن حسن. الوجیز فی تفسیر الكتاب العزیز. به تصحیح علی محمد علی دخیل. بیروت: دار التعارف. ۱۴۲۲ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، الآداب الدینیة للخزانة المعینیة. به تصحیح احمد عابدی. قم: زائر. ۱۳۸۰.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرین. تهران: مرتضوی. ۱۳۷۵.
- طنطاوی، محمد سید. التفسیر الوسیط للقرآن الکریم. قاهره: نهضة مصر. بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن. التبیان فی تفسیر القرآن. به تصحیح محمد محسن آقابزرگ تهرانی، احمد حبیب عاملی. بیروت: دار إحياء التراث العربی. بی تا.
- عبدالرحمان، محمود. معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة. بی جا: بی تا.
- عراقی، ضیاء الدین. تحریر الأصول. قم: مهر. ۱۳۶۳.

- غزالی، محمد بن محمد. میزان العمل. به تصحیح سلیمان دنیا. قاهره: دار المعارف. بی تا.
- فاضل جواد، جواد بن سعید. مسالك الأفهام الى آیات الأحكام. به تصحیح محمد باقر بهبودی. قم: مرتضوی. بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۴ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: هجرت. ۱۴۰۹ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الشافی فی العقائد و الأخلاق و الأحكام. به تصحیح مهدی انصاری قمی. تهران: لوح محفوظ. ۱۳۸۳.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. الوافی. به تصحیح ضیاء الدین علامه، کمال فقیه ایمانی. اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (ع). ۱۴۰۶ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره). بی تا.
- قزوینی، محمد حسن بن محمد معصوم. کشف الغطاء عن وجوه مراسم الإهداء. به تصحیح محسن احمدی. قم: کنگره بزرگداشت محققان ملامهدی نراقی، ملا احمد نراقی. ۱۳۸۰.
- کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی. به تصحیح علی اکبر غفاری. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۳۶۳.
- لیثی واسطی، علی بن محمد. عیون الحکم و المواعظ. به تصحیح حسین حسینی بیرجندی. قم: دار الحديث. ۱۳۷۶.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی. روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: بنیاد فرهنگ اسلامی کوشانپور. ۱۴۰۶ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. بحار الانوار. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۰۳ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۱۴۰۴ق.
- مرتضوی لنگرودی، محمد حسن. الدر النضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقليد. قم: انصاریان. ۱۴۱۲ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس. به تصحیح علی شیری. قم: دار الفکر. بی تا.
- مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۱۳۶۸.
- مطهری، مرتضی. مجموعه آثار استاد شهید مطهری. تهران: صدرا. ۱۳۷۶.
- مغنیه، محمد جواد. التفسیر الکاشف. قم: دار الکتب الإسلامی. بی تا.
- مفضل بن عمر. توحید المفضل. به تصحیح کاظم مظفر. بی جا: الداوری، بی تا.
- مفید، محمد بن محمد. الارشاد. به تصحیح محمد باقر بهبودی، محمد باقر ساعدی خراسانی. تهران: کتاب فروشی اسلامیة. ۱۳۷۶.
- مکارم شیرازی، ناصر. اخلاق اسلامی در نهج البلاغه: خطبة متقین. قم: نسل جوان. ۱۳۸۵.
- مکارم شیرازی، ناصر. اخلاق در قرآن. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۳۸۵.

- مهنّا، عبدالله علی. لسان اللسان. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۱۴۱۳ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. معراج السعادة. قم: هجرت. ۱۳۷۸.
- نراقی، مهدی بن ابی ذر. جامع السعادات. به تصحیح محمد رضا مظفر، محمد کلانتر. بیروت: دار النعمان. بی تا.
- نوری، حسین بن محمد تقی. مستدرک الوسائل. بیروت: آل البيت (ع) لإحياء التراث. ۱۴۰۸ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود. فقه اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۳۷۴.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. العروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۱۹ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

‘Abd al-Rahmān, Maḥmūd. *Muḥjam Muṣṭalahāt wa al-Alfāz al-Fiqhīya*. s.l. s.n. s.d.

Abū Ḥayyān Tawḥīdī, ‘Alī ibn Muḥammad. *al-Baṣā’ir wa al-Dhakhā’ir*. Beirut: Dār al-Ṣādir. S.d.

Abū Ḥayyān Tawḥīdī, ‘Alī ibn Muḥammad. *al-Ṣadāqa wa al-Ṣadiq*. Ed. Ibrāhīm Kiyānī. Dimashq: Dār al-Fikr. 2000/1421.

Āmidī, ‘Abd al-Wāhid ibn Muḥammad. *Ghurar al-Ḥikam*. Qum: Dār al-Kitāb al-Islāmī. 1990/1410.

Amīn, Aḥmad. *al-Akhlāq*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. 2005/1426.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Farā’id al-‘Uṣūl*. Lajnah al-Taḥqīq Tūrāth al-Shaykh al-A’zam. Qum: Majm‘ al-Fikr al-Islāmī. 2007/1428.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Muṭār al-Anzār*. Ed. Abū al-Qāsim Kalāntarī Nūrī, Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. 1984/1404.

Balāghī, Muḥammad Jawād. *Ālā’ al-Rahmān fī Tafsīr al-Qurān*. s.l. Wujdānī, s.d.

Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. *Shu’ab al-Imān*. Ed. Muḥammad Sa’id Zaghlūl. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya. Manshūrāt Muḥammad ‘Alī Bayḍūn. 2000/1421.

Burūjirdī, Ḥusayn. *Tibyān al-Ṣalāt*. Qum: Ganj-i ‘Irfān. 2005/1426.

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. *Kitāb al-‘Ayn*. Qum: Hijrat. 1989/1409.

Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaḍā. *al-Shāfi fī al-‘Aqā’id wa al-Akhlāq wa al-Aḥkām*. Ed. Mahdī Anṣārī Qumī. Tehran: Lūḥ Maḥfūz. 2005/1383.

Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaḍā. *al-Wāfi*. Ed. Ḍiyā’ al-Dīn ‘Allāmah, Kamāl Faqīh Imānī.

- Isfahān: Maktaba al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī (AS). 1986/1406.
- Fāzil Javād, Javād ibn Sa'īd. *Masālik al-Afhām ilā Āyāt al-Ahkām*. ed. Muḥammad Bāqir Bihbūdī. Qum: Murtaẓawī. S.d.
- Fāzil Lankarānī, Muḥammad. *Tafṣīl al-Sharī'a fi Sharḥ Taḥrīr al-Wasīla*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1994/1414.
- Fiyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaẓā. *Mafātīḥ Sharā'ir*. Qum: Kitābkhānah-yi 'Umūmī Ḥāẓrat Āyat Allāh al-'Uẓmā Mar'ashī Najafī. s.d.
- Ghazālī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Mizān al-'Amal*. Ed. Sulaymān Dunyā. Cairo: Dār al-Ma'ārif. s.d.
- Ḥā'irī Tihirānī, 'Alī. *Muqtanayāt al-Durar*. Qum: Dār al-Kutub al-Islāmīyya, s.d.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Fiqh Ahl-i Bayt(AS)*. Qum: Mū'assisa Dāyrah al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Mazhab-i Ahl-i Bayt(AS). 1996/1374.
- Ḥijāzī, Muḥammad Maḥmūd. *al-Tafsīr al-Wāzih*. Beirut: Dār al-Jil. S.d.
- Ḥimyarī, Nashwān ibn Sa'īd. *Shans al-'Ulūm wa Dawā' Kalām al-'Arab min al-Kulūm*. S.l.: Dār al-Fikr al-Mu'āṣir. s.d.
- Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Taḥṣīl Masā'il al-Sharī'a*. ed. Muḥammad Riḍā Ḥusaynī Jalālī. Qum: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā' al-Tūrāth, 1989/1409.
- Ḥusaynī Hamidānī, Muḥammad. *Anvār Dirakhshān dar Tafsīr-i Qurān*. ed. Muḥammad Bāqir Bihbūdī. Qum: Luṭfī, s.d.
- Ḥusaynī Shīrāzī, Muḥammad. *Min Fiqh al-Zahrā (AS)*. Qum: Rashīd. 2007/1428.
- Ibn 'Arabī, Muḥammad ibn 'Abd Allāh. *Ahkām al-Qurān*. ed. 'Alī Muḥammad Bajāwī, s.l. Dār al-Jil. s.d.
- Ibn Athīr, Mubārak ibn Muḥammad. *al-Nihāya fi Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. ed. Ṭāḥir Aḥmad Zāwī, Maḥmūd Muḥammad Ṭanāḥī. Qum: Ismā'īliyyān, s.d.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Ed. 'Alī Akbar Ghafārī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn 'Alī. *Ṣifāt al-Shī'a*. ed. Amīr Tawḥīdī. Tehran: Zurārih. 1961/1380.
- Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. ed. Muḥammad 'Abd al-Salām Hārūn. Qum: Dār Iḥyā' al-Kutub al-'Arabīya. 1984/1404.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār Ṣādir. 1993/1414.

Ibn Miskawayh, Ahmad ibn Muhammad. *Tahdhīb al-Akhlaq wa Taṭhīr al-A'rāq*. ed. 'Imād Hilālī. S.I. Ṭalī'ah Nūr. 2005/1426.

Ibn Shu'bah, Hasan ibn 'Alī. *Tuḥaf al-'Uqūl fīmā Jā'a min al-Ḥikam wa Mawā'iz fī Āl al-Rasūl*. ed. 'Alī Akbar Ghafārī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 1985/1363.

Ibn Sīdah, 'Alī ibn Ismā'īl. *al-Muḥkam wa al-Muḥīt al-A'zam*. Ed. 'Abd al-Ḥamid Hindāwī. Qum: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. s.d.

'Irāqī, Ziyā' al-Dīn. *Taḥrīr al-Uṣūl*. Qum: Mihr, 1943/1363.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. Qum: Sayyid al-Shuhadā. 1996/1374.

Ishkavarī, Muḥammad ibn 'Alī. *Tafsīr Sharīf Lāhijī*. ed. Jalāl al-Dīn Muḥaddith. Tehran: Daftar-i Nashr-i Dād, s.d.

Ishtihārdī, 'Alī Panāh. *Madārik al-'Urwa*. Tehran: Dār al-Uswah. 1996/1417.

Jurjānī, Abū al-Faṭḥ ibn Makhdūm. *Tafsīr Shāhī*. Ed. Valī Allāh Ishrāqī, Shahāb al-Dīn Mar'ashī, Qum: Navīd, s.d.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīḥ fī Sharḥ al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: zīr naẓar Luṭfī. 1997/1418.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Sharḥ-i Ḥadīth "Junūd 'Aql va Jahl"*. Qum: Mū'assisah-yi Tanzīm va Nashr-i Āṣār-i Imām Khumaynī. S.d.

Khuram Dil. Muṣṭafā. *Tafsīr Nūr*. Tehran: Iḥsān. s.d.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Kāfī*. ed. 'Alī Akbar Ghafārī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1985/1363.

Liythī Wāsītī, 'Alī ibn Muḥammad. *'Uyūn al-Ḥikam wa al-Mawā'iz*. ed. Ḥusayn Ḥasani Biyrjandī. Qum: Dār al-Ḥadīth. 1998/1376.

Maghniyah, Muḥammad Javād. *al-Tafsīr-i al-Kāshif*. Qum: Dār al-Kitāb al-Islāmī, s.d.

Mahnā, 'Abd Allāh 'Alī. *Lisān al-Lisān*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. 1993/1413.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Bihār al-Anwār*. Beirut: Dār Ihyā' al-Tūrāth al-'Arabī. 1983/1403.

Majlisi, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. *Ma'āt al-'Uṣūl fī Sharḥ Akhbār Al al-Rasūl*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1984/1404.

Majlisi, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd 'Alī. *Rawḍa al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum:

Bunyād-i Farhang-i Islāmī Kūshānbūr, 1986/1406.

Makārim Shīrāzī, Nāshir. *Akhḫāq dar Qurān*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS), 2007/1385.

Makārim Shīrāzī, Nāshir. *Akhḫāq Islāmī dar Nahj al-Balāghah: Khuṭbah-yi Mutaqīn*. Qum: Nasl Javān. 2007/1385.

Mufaḍal ibn ‘Umar. *Tawḥīd Mufaḍal*. ed. ed. Kāzim Muẓafar. s.l. al-Dāwarī, s.d.

Mufid, Muḥammad ibn Muḥammad. *al-Irshād*. Ed. Muḥammad Bāqir Bihbūdī, Muḥammad Bāqir Sā’idī Khurāsānī. Tehran: Kitābforūshī Islāmīyah. 1998/1376.

Murtaḍā Zabīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. *Tāj al-‘Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Ed. ‘Alī Shīrī. Qum: Dār al-Fikr. s.d.

Murtaẓawī Langrūdī, Muḥammad Ḥasan. *al-Dur al-Naḍīd fī al-Ijtihād wa al-Iḥtiyāt wa Taqlīd*. Qum: Anṣāriyān. 1992/1412.

Muṣṭafavī, Ḥasan. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qurān al-Karīm*. Tehran: Vizārat-i Farhang va Irshād-i Islāmī, 1990/1368.

Muṭaharī, Murtaẓā. *Majmū‘ah-yi Āṣār Ustād Shahīd Muṭaharī*. Tehran: Ṣadrā, 1998/1376.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. *Mī‘rāj al-Sa‘āda*. Qum: Hijrat. 2000/1378.

Narāqī, Mahdī ibn Abīzar. *Jāmi‘ al-Sa‘ādāt*. ed. Muḥammad Riḍā Muẓaffar, Muḥammad Kalāntar. Beirut: Dār al-Nu‘mān. s.d.

Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. *Mustadrak al-Wasā’il*. Beirut: Āl al-Bayt(AS) li-Iḥyā’ al-Tūrāth. 1988/1408.

Qāzvīnī, Muḥammad Ḥasan ibn Muḥammad Ma’šūm. *Kashf al-Ghiṭā’ ‘an Wujūh Marāsīm al-Ihtidā’*. ed. Muḥsin Aḥmadī. Qum: Kungirah-yi Buzurgdāsht Muḥaqqiqān Mulā Mahdī Narāqī va Mulā Aḥmad Narāqī. 2002/1380.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *al-Dharī‘a fī Mkārim al-Sharī‘a*. ed. Abū al-Yazīd ‘Ajāmī. Qum: al-Sharīf al-Raḍī. 1994/1373.

Rāghib Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. *Mufradāt al-Allāḥ al-Qurān*. Beirut: Dār al-Qalam-Dār al-Shāmiya. 1992/1412.

Sabzawārī, Hādī ibn Mahdī. *Sharḥ Nibrās al-Hudā*. Qum: Bīdār. 2000/1421.

Ṣādiqī Tihirānī, Muḥammad. *al-Furqān fī Tafsīr al-Qurān bi- al-Qurān wa al-Sunna*. Qum: al-‘Alamī,

1986/1365.

Şadr, Muḥammad. *Māwarā' al-Fiqh*. Qum: Dār al-Muḥibin. 2006/1427.

Şadr, Rizā. *al-Ijtihād wa al-Taqlid*. ed. Bāqir Khusrūshāhī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, s.d.

Şa'īdī, 'Abd al-Fatāḥ, Ḥusayn Yūsuf Mūsā. *al-Ifṣāḥ fī Fiqh al-Lughah*. Qum: Maktab al-I'lam al-Islāmī. 1990/1410.

Sajāsī, Ishāq ibn Ibrāhīm. *Farā'id al-Sulūk fī Faḍā'il al-Mulūk*. Ed. Qulām Rizā Afrāsiyābī. Tehran: Pāzhang. 1990/1368.

Şānī'ī, Yūsuf. *Barābarī Diyih*. Qum: Fiqh al-Thaqalayn. 2005/1384.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rasā'il al-Shahīd al-Thānī*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. S.d.

Sharīf al-Raḍī, Muḥammad ibn Ḥusayn. *Nahj al-Balāghah*. Tehran: Bunyād-i Nahj al-Balāghah. 1994/1372.

Shibānī, Muḥammad. *Nahj al-Bayān 'an Kashf Ma'ānī al-Qurān*. ed. Ḥusayn Dargāhī. Qum: al-Hādī. s.d.

Shirāz, Muḥammad Taqī. *Ḥāshiyā al-Makāsib*. Qum: al-Sharīf al-Raḍī. Chāp-i Awwal, 1992/1412.

Shubbar, 'Abd Allāh. *al-Uṣūl al-Aṣliyah wa al-Qawā'id al-Shar'iyah*. Qum: Mufid. 1984/1404.

Sulṭān 'Alīshāh. Sulṭān Muḥammad ibn Ḥiydar. *Bayān al-Sa'āda fī Maqāmāt al-'Ibāda*. Beirut: A'lamī, 1988/1408.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *al-Ādāb al-Diyiyya li-l-Khazāna al-Mu'iniyya*. Ed. Aḥmad 'Ābidī. Qum: Zā'ir. 1961/1380.

Ṭabarsī. Faḍl ibn Ḥasan. *al-Wajīza fī Tafsīr al-Kitāb al-'Aziz*. ed. 'Alī Muḥammad 'Alī Dakhīl. Beirut: Dār al-Ta'aruf, 2001/1422.

Ṭabātabāyī Qumī, Taqī. *al-Ghāya al-Quṣwā fī al-Ta'liq 'alā al-'Urwa: al-Ijtihād wa Taqlid*. Qum: Maḥalātī. 2004/1424.

Ṭabātabāyī Qumī, Taqī. *Thalāth Rasā'il*. Qum: Maḥalātī. s.d.

Ṭabātabāyī, Muḥammad Ḥusayn. *al-Mizān fī Tafsīr al-Qurān*. Qum: al-A'lamī. 1996/1417.

Ṭanṭāwī, Muḥammad Sayyid. *al-Tafsīr al-Wasīṭ li-l-Qurān al-Karīm*. Cairo: Nahḍa Miṣr. s.d.

Ṭurayhī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. *Majma' al-Baḥrayn*. Tehran: Murtaẓavī. 1997/1375.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Tibyān fī Tafsīr al-Qurān*. ed. Muḥammad Muḥsin Āqā Buzurg Tehrani, Aḥmad Ḥabīb 'Āmulī. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth al-'Arabī. s.d.

Yazdī, Muḥammad Kāzīm ibn 'Abd al-'Azīm. *al-'Urwa al-Wuthqā*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī.

1999/1419.

Zabīdī, Mājid Nāṣir. *al-Taysir fi al-Tafsir li-l-Qurān bi-Riwāya Āl al-Bayt*. Beirut: Dār al-Mahja al-Bayḍā’.

2007/1428.

Zuḥaylī, Wahbah. *al-Tafsir al-Munir fi al-Aqida wa al-Shari’a wa al-Manhaj*. Dimashq: Dār al-Fikr Mu’āṣir,

1991/1411.



A Methodological Critique of Focusing on the Transcript of Islamic legal Commands (*Khiṭābāt*) in Conceptual Manifestation (*ʿIstizhār*) from Verbal (*Naqlī*) Proofs

Dr. Mahdi Gerami Poor

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Law, University of Qom, Qom, Iran

Mostafa Jamal Bafqi (Corresponding Author)

Professor of Advanced Levels, Qom Seminary, Qom, Iran

Email: mostafajamalbafghi@gmail.com

Abstract

Jurists have accepted a well-established principle titled “Authority of Custom” (*ḥakimiyyat-i ʿurf*) in the interpretation of apparent meanings (*ẓavāhir*) of Islamic legal scripture, according to which the validity of any claimed apparent meaning in verbal proofs (*adilla-yi lafẓi*) depends on its alignment with the customary understanding of the text. However, a distinct interpretive habit is common among the jurists in how they derive meaning from Islamic legal command (*khiṭāb*); one that is not acknowledged or justified in *uṣūlī* legal sources. In this approach, the Islamic legal discourse, which is in fact a means for uncovering legal reality, is treated as having subjectivity, and the text of the evidence is considered as equivalent to the legal reality itself. In addition, in many cases this had led to an extreme interpretation of meanings. The present study seeks to use the descriptive-analytical method to analyze and critique this approach and its implications in the process of conceptual manifestation (*ʿistizhār*). The root of this approach as seen in some jurists’ words lies in the argument-centered use of legal proofs, which faces two critiques: First, that it departs from custom (*ʿurf*); and second, that it fails to consider how *ḥadīths* were recorded and transmitted.

Keywords: custom-based understanding, conceptual manifestation (*ʿistizhār*), verbal proofs, The legislator’s address (*khiṭāb-i-shāriʿ*)





افشور

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱ - تابستان ۱۴۰۴، ص ۲۵۳ - ۲۳۳

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸



شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۱

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfiqh.2024.84380.1640>

نوع مقاله: پژوهشی

نقد روش شناختی تمرکز بر متن خطابات شرعی در مقام استظهار از ادله نقلی

دکتر مهدی گرامی پور

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

مصطفی جمال بافقی (نویسنده مسئول)

استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم

Email: mostafajamalbafghi@gmail.com

چکیده

فقه‌ها اصل مسلمی با عنوان «حاکمیت عرف» را در باب فهم ظواهر متون شرعی پذیرفته‌اند که طبق آن، اعتبار تمامی ظهورهای ادعاشده در ادله لفظیه، منوط به انطباق با فهم عرفی از متن دلیل است، لیکن به‌نحو گسترده نوعی رفتار خاص در برداشت از خطاب در میانشان رواج دارد که در کتب اصولی به این شیوه و چرایی آن اشاره‌ای نشده است. در این شیوه به خطابات شرعی که در واقع طریقت در کشف واقع دارند موضوعیت داده شده و متن دلیل به منزله واقعیت قانون تلقی شده است و در موارد بسیاری افراط در برداشت معانی صورت گرفته است. این پژوهش بر آن است که با روش توصیفی تحلیلی به بررسی و نقد این روش و ثمرات آن در مقام استظهار بپردازد. منشأ این نوع استظهار در کلام برخی از فقها احتجاج‌محور بودن استفاده از ادله است که با دو نقد مواجه است: نقد نخست، غیرعرفی بودن چنین استظهاری است و نقد دوم مربوط به چگونگی ثبت و انتقال احادیث است.

واژگان کلیدی: فهم عرفی، استظهار، دلیل لفظی، خطاب شارع.

مقدمه

ادله لفظی پرکاربردترین منبع در استنباط احکام شرعی است. از جمله مسائل مهم در مواجهه با آیات و روایات شریفه، بررسی دلالت آن‌ها و به اصطلاح استظهار است. علم فقه در این زمینه از مباحث الفاظ علم اصول فقه بهره می‌برد. مباحث الفاظ علم اصول به نحوه صحیح برداشت از ادله لفظی و استناد آن به شارع می‌پردازد. به تصریح فقها هدف از بررسی این ادله، کشف مراد متکلم است و از آنجایی که فهم ادله شرعیه به عرف احاله می‌شود معیار در ظهور دلیل شرعی، قضاوت عرف خواهد بود. با این وجود، در میان استظهاراتی که در مقام استنباط از ادله صورت گرفته است، در برخی از موارد، نوعی تمرکز بر الفاظ دلیل به چشم می‌خورد، به طوری که عرف این گونه برداشت از دلیل را بر نمی‌تابد. این مطلب نوعی دوگانگی در مقام نظریه پردازی در اصول و رویه عملی در فقه را نمایان می‌سازد که بایسته است تفسیر و تحلیل شود. این نوع برخورد با ادله در مباحث اصول فقه و مبحث ظهورات به شکل نظری تبیین نشده است. شاید عدم توجه به این بحث سبب عدم وحدت رویه در مقام نظر و عمل شده است، تا جایی که گاهی فقیهی در مواجهه با مسئله‌ای چنین رویه‌ای را در پیش می‌گیرد و در مقاله دیگر، فقیه دیگری که به همین رویه عمل کرده است را نقد می‌کند. حتی در فرض صحیح بودن این رویه، ضرورت بررسی و بیان منشأ و چرایی این شیوه استظهار بین متصدیان استنباط احساس می‌شود تا حدود و ثغور آن برای دانش پژوهان این علم روشن شود. علی‌رغم بحث از نحوه استظهار و عوامل دخیل در آن، نگارنده به مقاله یا کتابی که به طور مستقل به این بحث و به نقد و بررسی منشأ چنین استظهاراتی بپردازد، دست نیافت.

۱. مراحل استظهار از متن و جمود بر آن

در ابتدا سازوکار استظهار از متن که شامل چهار لایه است توضیح داده می‌شود: لایه اول، دلالت تصویریه است که در واقع دلالت نیست و صرفاً تداعی معناست؛ چراکه دلالت منوط به وجود قصد است. در این مرحله، لفظی که برای معنایی وضع شده است سبب حاضر شدن معنای موضوع له در ذهن مخاطب می‌شود. لایه دوم، دلالت تصدیقیه یا مراد استعمالی است که همان مرحله قبلی است با این تفاوت که گوینده قصد دارد تا معنایی که لفظ بر آن دلالت دارد را به ذهن مخاطب انتقال دهد. لایه سوم، مراد جدی و نمایانگر انگیزه گوینده است. برخلاف مراحل قبل که شامل استعمال مفردات هم می‌شود، این لایه فقط در جملات مطرح می‌شود. مادامی که قرینه‌ای برخلاف اقامه نشود، بنابر اصالة التطابق هدف از بیان جملات خبری، حکایتگری و از جملات انشایی، بعث و تحریک مخاطب به سوی غرض شارع است. این سه لایه کلام دارای یک واقع و نفس الامر است که تنها نزد گوینده است و شنونده توان دسترسی

یقینی به آن را ندارد و برای کشف قصد و اراده متکلم باید به اصول عقلایی مراجعه کند. با تفکیک بین شیوه عقلایی کشف کیفیت گفتار و واقعیت بیرونی آن، لایه چهارمی نمایان می‌شود که فضای احتجاج بین گوینده و شنونده را شکل می‌دهد. این لایه، به مثابه مرحله‌ای اثباتی برای مراحل سه‌گانه قبل است که آن مراحل ناظر به عالم ثبوت بود و عقلا در صورت پایبندنبودن هریک از طرفین مخاطب به اصول عقلایی، او را مذمت می‌کنند و مقصرش می‌شمزند. به عبارت دیگر، لایه چهارم مراجعه به اصول عقلانی‌ای است که مورد توافق گوینده و شنونده است و به عنوان ابزاری برای کشف مراد گوینده به کار گرفته می‌شود. فقها علی‌رغم وجود اختلافات مبنایی - مثل اینکه آیا اصالةالتطابق در عرض اصالةالحقیقة هست یا در طول آن - بر این مطلب متفق‌اند که ملاک شکل‌گیری چنین اصول عقلایی، غلبه و هدف از اجرای آن، دستیابی به مقصود گوینده است؛ یعنی محور، خود متن نیست و الفاظ فقط ابزار کشف مراد متکلم هستند.

مطلب مهمی که در این میان تعیین‌کننده است، احراز التفات داشتن متکلم است؛ چراکه شرط قصد و اراده راجع به یک معنا، التفات به آن است؛ چراکه کلام متکلم را فقط بر ابعادی از معنا می‌توان حمل کرد که احراز شود گوینده غالباً در چنین موقعیتی (ظاهر حال متکلم) بر چنین ابعادی از معنا التفات دارد. رویه‌ای که برخی از فقها در استظهارات خود اعمال می‌کنند برخلاف این مطلب مهم است. برای نمونه، محقق عراقی با اذعان به مطالب پیش‌گفته در نه‌ایه الافکار تصریح می‌کند که مدار حجیت ظهور، کشف نوعی از مراد متکلم است که با دلالت تصدیقیه معلوم می‌شود و دلالت تصویری تنها ابزار کشف آن هست. ایشان در این باره می‌گویند: «حصول تصدیق نوعی متکلم از لفظ، به آن جهات از معنا اختصاص دارد که غالباً و نوعاً گوینده به آن التفات دارد.»^۱ وی تمسک به اصالةالعموم در شبهه مصداقیه مخصص منفصل را ممنوع و علت آن را محورنبودن دلالت تصویری می‌داند ولی باین وجود بر این باور است که مخصص منفصل، عنوان دلیل عام را به دو بخش تقسیم نمی‌کند و بعد از تخصیص دلیلی باز هم موضوع آن عام، همان عنوان ذکر شده در متن است! به عبارت دیگر، با اینکه اعتراف می‌کند محور استظهار، قصد متکلم (دلالت تصدیقیه) است، اما همچنان عنوان دلیل عام را به عمومیت خود باقی می‌گذارد.

صاحب منتقی الاصول هم با وی همراه شده^۲ و حتی محقق اصفهانی پا را فراتر نهاده و این مطلب را علاوه بر عمومات، در اطلاقات مقیدشده به قیود منفصل نیز پذیرفته و تلاش بر اقامه برهان عقلی بر این مدعا کرده است که آن برهان، اطلاق و تقیید را نیز شامل می‌شود و اختصاصی به عام و خاص ندارد.^۳

۱. عراقی، نه‌ایه الافکار، ۵۲۳/۲.

۲. روحانی، منتقی الاصول، ۳۴۷/۳.

۳. اصفهانی، نه‌ایه الدراية، ۴۵۸/۲.

رجوع به عرف رایج بین مردم به وضوح در می‌یابیم که چنین مطلبی خلاف رویه محاوره است. استثنای یک جمله قهراً در نظر متکلم آن را به دو بخش مستثنا و مستثنی منه تقسیم می‌کند و باقی ماندن جمله اول به حال خود در عین پذیرش تخصیص، برای عرف پذیرفتنی نیست. در این عملکرد، نوعی موضوعیت دادن به دلالت تصویری مشاهده می‌شود که همان جمود بر متن، فارغ از کشف نوعی قصد متکلم است.

فقه‌ها مراحل را برای احکام در نظر گرفته‌اند که از جمله آن مراحل، مرحله جعل است که بررسی ارتباط عالم جعل با اراده الهی و ارتباط آن با خطابات، از مباحث بسیار مهم در این بحث است. فقه‌ها جعل را غیر از اراده تشریعی الهی می‌دانند و به آن موضوعیت می‌دهند؛ یعنی متن ادله لفظی را در صدد کشف چیستی و کیفیت جعل می‌دانند و قواعد لفظی عقلایی را به کار می‌گیرند تا بتوانند از متن خطاب به نحوه جعل منتقل شوند. برای نمونه، آن‌ها در بحث از ماهیت اطلاق و تقیید و تقابل به صراحت می‌گویند که مرحله جعل لزوماً انطباق با اراده الهی ندارد، بلکه گاهی به دلیل عدم امکان تقیید در مرحله جعل، اطلاق نیز ناممکن است، در حالی که خداوند متعال حتماً یکی از آن دو را اراده کرده و این جعل است که چنین ظرفیتی را ندارد؛ بنابراین عوالم به دو دسته ثبوت و اثبات تقسیم نمی‌شوند! بلکه عالم سوم در نظر گرفته می‌شود که در آن متن خطاب، به مثابه عالم اثبات و مرحله جعل، به مثابه عالم ثبوت است. مرحله قبل از همه این مراحل هم اراده تشریعی مولا (قانونگذار) است. به این ترتیب شاهد موضوعیت دادن به متن خطاب در کشف نحوه جعل هستیم که از کاشفیت مراد شارع جداست؛ لذا از روش عقلا در تکلم، که مرادشان کشف مراد متکلم است، فاصله گرفته است.

۲. برخی مصادیق تمرکز بر متن خطابات در کلام فقها

در این مجال نمونه‌هایی از بهره‌گیری از متن ادله لفظی که با برداشت‌های عرفی ناسازگار است، ارائه می‌شود.

نمونه اول: محقق عراقی برای حل این پرسش که: «در لباس نمازگزار آیا مأکول اللحم بودن شرط صحت نماز است یا حرام گوشت بودن مانع صحت است؟» پاسخ را منوط به این مطلب می‌داند که آیا آنچه در متن روایات آمده است نهی از نماز در لباسی است که از حرام گوشت درست شده یا امر به نماز است در لباسی که از حیوان حلال گوشت ساخته شده است؛ چرا که اگر در روایات به نماز در لباسی که از حیوان حلال گوشت است امر شده باشد، نماز در آن لباس شرط صحت نماز خواهد بود و اگر در متن روایات از نماز در لباسی که از حیوان حرام گوشت است نهی شده باشد، نماز در آن لباس مانع صحت نماز خواهد

بود.^۴ ثمره مقاله فوق در لباس مشکوک ظاهر می‌شود. به این صورت که، اگر مأكول اللحم بودن لباس نمازگزار شرط صحت باشد، تا زمانی که وجود شرط احراز نشود نمی‌توان در آن لباس نماز خواند و مجرای احتیاط است. اما اگر حرام‌گوشت بودن مانع صحت باشد، در صورت شک مادامی که اثبات نشود که لباس از حیوان حرام‌گوشت است می‌توان در آن لباس نماز خواند و مجرای برانت از مانعیت است.

نمونه دوم: اگر فردی باوجود استطاعت مالی، در حال حاضر معذور از انجام حج باشد، در صورتی که علم داشته باشد که عذر او در سال‌های بعد هم باقی خواهد ماند، واجب است که همین امسال نائب بگیرد. حال اگر همین فرد شک نسبت به بقای عذر در سنوات آتی داشته باشد، سؤال مطرح شده این است که آیا می‌توان استصحاب استقبالی درباره او جاری کرد و معذور بودن در سال‌های بعد را تعبداً نتیجه گرفت؟ محقق خویی هرچند استصحاب استقبالی را قبول دارد، لکن در ما نحن فیه آن را مثبت می‌داند و جاری نمی‌کند و در توضیح مثبت بودن این اصل استدلال می‌کند که موضوع دلیل وجوب استتبابه، «حیلولة» است که در متن صحیح حلی آمده است.^۵ در این روایت «حیلولة» (حائل و مانع بین شخص و انجام حج) به عنوان موضوع وجوب نایب گرفتن مطرح شده است که امری وجودی است. حال آنکه مستصحب (عدم امکان حج) امری عدمی است و اثبات حیلولة (امر وجودی) به سبب استصحاب امر عدمی، مثبت خواهد بود.^۶

نمونه سوم: قائلان به استصحاب تعلیقی آن را در جایی جاری می‌دانند که خطاب به صورت قضیه شرطیه آمده باشد. با این پیش فرض که از هیئت خطاب، نحوه جعل شارع معلوم می‌شود؛ به این صورت که اگر قیدی در قالب صفت برای موضوع ذکر شود، قید موضوع است و از آنجاکه شک در آن، شک در موضوع قلمداد می‌شود؛ لذا استصحاب جاری نمی‌شود. اما اگر همان قید به صورت قضیه شرطیه در خطاب آمده باشد، قید نسبت میان موضوع و حکم را بیان می‌کند؛ لذا حکم معلق شده بر آن را می‌توان استصحاب کرد، زیرا در این صورت لطمه‌ای به وحدت موضوع وارد نمی‌شود؛ یعنی در عمل بین «العنب اذا غلی» و «العنب المغلی» تفاوت می‌گذارند.^۷

نمونه چهارم: بسیاری از فقها با استناد به ظاهر آیه ۴۱ سورة مبارکه انفال «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ...» معتقدند که خمس به عین تعلق می‌گیرد و چنین نیست که به طور کلی بر ذمه

۴. عراقی، رسالة فی اللباس المشکوک، ۱۲۰.

۵. عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) في حديث قال: «وإن كان مؤبراً و حال بينه و بين الحج مريض أو حضر - أو أمر يغزوه الله فيه - فإن عليه أن يحج عنه من ماله ضرورة لا مال له. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۶۳/۱۱.

۶. خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۲۰/۲۶.

۷. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۳۹/۲؛ هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول، ۲۸۰/۶.

مكلف بیايد؛ زیرا در آیه یک کسر ذکر شده است که ظهور در مشاع بودن دارد و اشاعه و کسر همیشه در اعیان است و به همین دلیل در آیه شریفه کسر یک پنجم، اضافه به ضمیری بدون واسطه شده است که به «ماغنتم» بر می‌گردد و اگر وجوب خمس متعلق به ذمه باشد مستلزم کلفت و خلاف ظاهر خواهد بود؛ چراکه در این صورت باید کلمه «قیمه» یا «معادل» را قبل از بیان کسر در تقدیر گرفت؛ یعنی باید به جای عبارت «لله خمس» عبارت «لله قيمة خمس» یا «لله معادل خمس» آورده شود.^۸

نمونه پنجم: شهید صدر در باب اوامر، ذیل بحث مره و تکرار به چنین روشی در استظهار از متون تصریح می‌کند. وی معتقد است که لفظ از حیث اثبات نحوه جعل شمولیت به خودی خود خصوصیت دارد. «هر دلالتی از لفظ گویای عالم جعل است و مابقی، هرآنچه مدلول لفظ نباشد به عالم جعل ربطی ندارد و مربوط به عالم تطبیق و فعلیت است.» سپس این نتیجه را بر پیش فرض مذکور متفرع می‌کند که شمولی که از اطلاق دلیل برداشت می‌شود متفاوت است با شمولی که از عموم استفاده می‌شود؛ چون در اطلاقات، حکم روی طبیعت می‌رود و در عمومات، حکم روی افراد. در اولی انحلال در جعل وجود ندارد و افراد طبیعت فقط توسط انحلال در مجعول و با تطبیق عقلی ذیل حکم قرار می‌گیرند، برخلاف جایی که به قول ایشان «شارع در خطابش با آوردن الفاظ عموم، به خود افراد نظر کرده باشد»، که هر فرد جعلی مستقل خواهد داشت.^۹

۳. نقد و بررسی تمرکز بر متن خطابات

در موارد بالا که به عنوان نمونه انتخاب شده است گویا نحوه برخورد فقیه با خطاب، برخورد با خود جعل است و نه کاشف از جعل؛ یعنی هرآنچه در خطاب آمده است به عنوان متن خود قانون شریعت در نظر گرفته شده است. مقدار موضوعیتی که به کیفیت بیان ادله داده شده است بیش از حدی است که عرف برای کشف مراد متکلم بر آن تکیه می‌کند. شاید بتوان چنین تعبیر کرد که نحوی اصالةالتطابق بین دلیل (عالم اثبات) و عالم ثبوت (چگونگی واقع جعل شارع) را تا حد بالا و تا ریزترین مطالب پیش فرض گرفته‌اند. گاهی برخی فقها در مسئله‌ای چنین رویه‌ای را پیش گرفته‌اند اما در مسئله دیگر به فقیه‌ای که همین رویه را در پیش گرفته است اعتراض و کلام او را رد می‌کنند. دو نقد عمده (در دو مرحله) درباره چنین شیوه‌ای مطرح شدنی است: اول، نقد مربوط به غیرعرفی بودن چنین برداشت‌هایی؛ دوم، نقد مربوط به

۸. مکرم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳۸۷؛ آملی، مصباح الهدی، ج ۱۴۴؛ خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۲۸۱؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ج ۴۵۵؛

روحانی، المرتقی، ۲۴۴؛ منتظری، کتاب الخمس و الأنفال، ۲۳۱؛ فیاض، تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی، ج ۱۷۷/۰

۹. هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول، ۱۲۵/۲.

نحوه ثبت و انتقال احادیث.

۳. ۱. نقد اول: عرفی نبودن تمرکز بر متن خطابات

یک کلام، ابعاد و حیثیات متعددی دارد و گوینده می تواند از جهتی در مقام بیان و از جهت دیگر در مقام بیان نباشد. خداوند متعال در قرآن و ائمه (ع) در بیان احکام می توانند در مقام بیان اصل تعیین تکلیف عملی برای مخاطب باشند تا مخاطب با عمل به خطاب صادر شده از آن ها به حکم شرع عمل کند و نیز می توانند درصدد ابلاغ چیزی فراتر از این مقدار باشند؛ یعنی در نحوه بیان، چگونگی جعل واقع امر را نیز نشان دهند تا در سؤالات دیگری که پاسخشان از نحوه جعل (چیستی موضوع، حکم و قیود مربوط به هر کدام) روشن می شود، بهره جست. فرض اول، قدر متیقن هدف گوینده از بیان کلامش است؛ یعنی تعلیم دهنده احکام فقط در مقام تعیین تکلیف مخاطب برای درست عمل کردن در همان مورد ابتلاست و لذا نیاز به اثبات ندارد. فرض دوم، که نوعی برداشت و کشف بیشتر را به دنبال دارد، نیازمند اثبات است. معلوم نیست شارع در همه خطابات درصدد مشخص کردن کیفیت دقیق موضوع، حکم و قیود آن باشد. واضح است که اثبات چنین مدعایی بسیار سخت است، بلکه از مجموع احادیث و آیات و نحوه برخورد ائمه با سائل و تفاوت بیان یک مطلب در ادله مختلف می توان عکس این مطلب را نتیجه گرفت؛ یعنی از تتبع در نحوه پرسش و پاسخ های میان امام و راوی معلوم می شود که ادله درصدد بیان نحوه دقیق جعل نیستند. اینکه حضرات معصومان در بسیاری از موارد به یک «لا بأس» اکتفا می کنند شاهد بر این مدعاست. حداقل می توان گفت که فرض دوم مشکوک است و معلوم نیست آیات و روایات درصدد چنین بیان حداکثری باشند، به خصوص درباره احادیث (که عمده منبع استنباط است) باید گفت: روایات در طول ده ها سال به صورت پراکنده بین مخاطب های متعدد و مختلف و در شرایط متفاوت بیان شده اند؛ یعنی چنین نبوده است که کلاس درسی منظم و یک دوره کامل آموزشی احکام یا قواعد برای یک یا دسته ای از مخاطبان (حتی شاگردان خاص فقهی امام) بیان شده باشد. شاید چنین استظهاری در قوانین کشورها که هیچ چیز فراتر از آن وجود ندارد و خود متن، عین قانون است، وجهی داشته باشد اما در آیات و روایاتی که تعلیمی اند و کاشف از قوانین الهی، غیر عرفی و برخلاف رویه عقلاست. در ادامه، شش نمونه ذکر شده است که با توجه به این نقد بررسی می شود.

نقد نمونه اول: عملکرد محقق عراقی با این سؤال مواجه است که اگر سائل به گونه دیگری سؤال می پرسید و به جای این پرسش که «آیا نماز در مأكول اللحم باطل است؟» می پرسید: «آیا در پوست حیوان حلال گوشت می توان نماز خواند؟» آیا حضرت در پاسخ به او ساختار جمله سائل را هم تغییر می دادند تا نحوه جعل فهمانده شود؟ آیا در بسیاری از احادیث دو گونه بیان از یک مطلب وجود ندارد؟ شیوه ائمه در

پاسخ به سؤالات راویان، عرفی است؛ یعنی ائمه بین دو جمله «در لباس پاک نماز بخوان» و «در لباس نجس نماز نخوان» تفاوت نگذاشته‌اند، به‌طوری که یکی را غلط دانسته و از بیان آن به‌دلیل عدم انطباق آن با نحوه جعل عالم واقع خودداری کنند.

نقد نمونه دوم: کاملاً طبیعی است که امام (ع) در اشاره به کسی که نمی‌تواند به حج برود گاهی اشاره به علت (وجود حیلولة) و گاهی اشاره به معلول (عجز مکلف) کند یا در بیان مطلب، عاملی را وسیله قرار دهد که خصوصیت ندارد؛ چراکه آنچه مهم بوده است، اصل عجز از عزیمت به حج است. حتی گاهی امام (ع) در مواردی از امری عدمی تعبیر به حائل کند، همچنان‌که در حدیث مذکور بیماری را نمی‌توان شینی وجودی شمرد و همچنین اشاره به سرما به‌عنوان مانع کاملاً عرفی است، حال آنکه سرما در واقع عدم‌گرم و امری عدمی است. فرض کنید سائل در محضر امام (ع) پاسخ آن حضرت را برای شخص نامطلع طوری نقل می‌کرد که اسمی از حیلولة به میان نیاید و فقط اشاره به عجز شود. در چنین فرضی نمی‌توان چنین انتظاری داشت که بر امام (ع) لازم است که راوی را به‌دلیل عدم اشاره به حیلولة تخطئه کند.

نقد نمونه سوم: مشابه نقد بالا درباره اجرای استصحاب تعلیقی نیز وجود دارد، با این تفاوت که در نمونه قبل، جمود بر ماده شده است و در این نمونه، جمود بر هیئت خطاب. همچنان‌که در نمونه اول، جمود در احراز موضوع و حکم بود و در نمونه اخیر جمود در احراز قید برقرارکننده نسبت بین حکم و موضوع است. میرزای نائینی هم در ضمن مبحث استصحاب تعلیقی مشابه همین اشکال را مطرح و تأکید می‌کند که نمی‌توان بین قیدی که به‌صورت شرط بیان شد با قیدی که به‌صورت وصف موضوع است از این نظر تفاوتی قائل شد.^{۱۰}

نقد نمونه چهارم: باتوجه به سبک گفتاری خاص قرآن (بلاغت و مختصرگویی) این مطلب کاملاً طبیعی است که گاهی به اصل حکمی، فارغ از جزئیات آن اشاره شود. حداقل جای شک را باقی می‌گذارد که شاید قرآن فارغ از چگونگی تعلق حکم و متعلقش فقط در مقام بیان اصل وجوب خمس و مقدار آن است؛ لذا متوقع نیست که در صورت تعلق خمس به‌طور کلی فی‌الذمه، قرآن الزاماً با آوردن متعلق خمس، آن را بیان کند و مثلاً بگوید: «أَنَّ لِلَّهِ قِيَمَةَ خُمُسِهِ وَلِلرَّسُولِ...» یا «أَنَّ لِلَّهِ مُعَادِلَ خُمُسِهِ وَلِلرَّسُولِ...»!

نقد نمونه پنجم: در نقد ادعای شهید صدر که معتقد است در نحوه شمول، نوع بیان دلیل موضوعیت دارد می‌توان گفت: کاملاً طبیعی است که گاهی حدیث یا آیه، حکم الهی را در مرحله بعد از تطبیق عقلی جعلش بر افراد بیان کند و بعید است که در انتخاب کلمات، قصد نشان‌دادن چگونگی جعل از حیث

شمول را داشته باشد. آنچه استنادشدنی است اصل شمول حکم است و استناد مطلبی بیش از آن به متکلم (نحوه جعل از حیث شمول) نیازمند به اثبات است. محمدتقی شهیدی پور زنجانی نیز با شهید صدر مخالفت کرده و فرمایش ایشان در کتاب بحوث را به دلیل غیرعرفی بودن چنین روشی در محاوره رد کرده است.^{۱۱}

۳. ۲. نقد دوم: نقد مربوط به نحوه ثبت و انتقال احادیث

نقد دوم به استظهار حداکثری از الفاظ نصوص، مربوط به مرحله ثبت ادله و انتقال آن است. این نقد اختصاص به احادیث دارد و شامل آیات نمی شود. علی رغم اعتقاد به اینکه نقل به معنا در احادیث لطمه ای به معنا نمی زند اما طبیعی است این تحفظ بر لفظ را فقط تا جایی می توان ملتزم شد که راوی ثبت کننده حدیث اطمینان داشته باشد که با تغییر لفظ، معنا تغییر نمی کند. پس در مواردی از قبیل اصطلاح استصحاب تعلیقی که قرن ها پس از صدور روایت ایجاد شده و راوی از تفاوت بین آوردن قید در قالب تعلیق یا در قالب وصف موضوع کاملاً بی اطلاع است، نمی توان روی تحفظ بر الفاظ حساسی باز کرد. ممکن است کسی به تصور اینکه چنین مباحث استظهاری، اصول عرفی است، بر آن اصرار ورزد که روات هم به این مطالب واقف بوده و در نحوه نگارش الفاظ از این حیث هم مراقبت داشته اند؛ به این بیان که آنچه بعدها تأسیس شد فقط جعل اصطلاحات است و اصل مطالب از همان زمان به طور کامل برای راوی روشن بوده است. هرچند چنین ادعایی دور از اعتدال به نظر می رسد؛ اما باز هم کمکی در مخالفت با جمود بر الفاظ روایات نمی کند؛ چراکه بعد از گذشت بیش از هزار سال چنین مطالبی هنوز هم اختلافی است و قول راوی (بر فرض الثقات بر مسئله) مجهول است.

این ادعا، که راویان حتی در صورت اطمینان به اینکه در صورت تغییر الفاظ تفاوتی در معنا ایجاد نمی شود و باز خود را ملزم بدانند که عین الفاظ را حفظ کنند، مساوق با این ادعاست که تمام احادیث دقیقاً با عین الفاظ خود از ائمه نقل شده است، درحالی که کسی به این مقدار ملتزم نشده است. بحث مقدار نقل به معنا از موضوع این نوشتار خارج است اما به این اشاره اکتفا می شود که گاهی خطاهایی در نقل و ثبت کلام امام (ع) دیده شده است که رواج داشتن عدم ثبت عین الفاظ را نمی توان انکار کرد.^{۱۲} در صورت عدم پذیرش اشکال دوم به عنوان نقدی مستقل می توان آن را شاهی بر صحت نقد اول دانست. شایان توجه است که این دو نقد زمانی مؤثرتر خواهد شد که مبنای فقیه در حجیت ظهورات، لزوم وثوق به مراد متکلم باشد و نه صرف ظن نوعی؛ چراکه کشف بیشتری در این مبنا نیاز است. یکی از قراین مهم در کلام فقها که

۱۱. شهیدی پور، اباحت اصولیه، ۳۱۵.

۱۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۳۳/۲۱؛ ۷۱/۴.

نشان می‌دهد نگاه آن‌ها در استفاده از ادله فراتر از کاشفیت از حکم شرعی است، این نکته است که فقها همواره محتوای احادیث را به‌عنوان مطلبی که شارع بیان کرده است تعبیر می‌کنند. مستمراً در کلام فقها می‌بینیم که می‌گویند: «شارع چنین گفته است.» به نظر می‌رسد انگیزه به‌کاربردن چنین عبارتی اشعار به حیث شارعیت گوینده است.

بین این دیدگاه که متن صادرشده از خود شارع و به‌عنوان نفس شریعت بیان شده است یا در مقام تعلیم احکام شرعی است، تفاوت فراوانی وجود دارد. از دیدگاه دوم، ائمه (ع) در اکثر موارد صرفاً در مقام برطرف کردن جهل راوی بوده‌اند؛ لذا فقط به بیان همان مقدار که راوی سؤال کرده است بسنده کرده‌اند. به نظر می‌رسد نسبت دادن هر محتوا از هر دلیل، به‌عنوان چیزی که شارع (یعنی قانونگذار به‌عنوان قانونگذاری و متن خود قانون) اعلام کرده است، کار دقیق و صحیحی نباشد. البته این مطلب انکارناپذیر است که در میان اوامر و نواهی شارع، بخشی از آن‌ها در مقام خبردادن از حاق واقع شریعت است اما نمی‌توان به‌صورت موجه کلیه چنین استفاده‌ای از همه احادیث کرد.

۴. منشأ موضوعیت‌دادن به متن خطابات

حاصل از شواهد و قرائن این است که قصد برخی از فقها در موضوعیت‌دادن به متن خطاب، صرف بهره‌بردن در مقام احتجاج است. ایشان باور دارند که در موارد عدم کاشفیت یک کلام، عقلاً با عمل به عین الفاظ آن معذورند و درصورت تخطی، استحقاق عقاب دارند؛ یعنی متکلم موظف است کاملاً منطبق با خواسته خود سخن بگوید و همواره درصدد تعیین نحوه دقیق قانون باشد؛ چراکه در غیر این صورت عیدی که به‌طورکامل بر طبق آن عمل کرده است، معذور است.

اعتقاد به قابلیت احتجاج راجع به مطلبی که متن نسبت به آن کاشفیتی ندارد از کلمات فقها به‌وضوح استفاده می‌شود. برای مثال، امام خمینی در بحث اوامر تصریح می‌کند که صورت امر و نهی، هیچ کشفی از وجوب و حرمت ندارد و تنها دلیلی که باعث می‌شود عمل به آن‌ها لازم باشد حجت عقلایی بودن آن است. وی باوجود انکار هرگونه کاشفیت امر و نهی، احتجاج به آن را پذیرفته است.^{۱۳} همچنین در اثبات لزوم فور در اتیان امر، مشابه همین مطلب را بیان کرده‌اند.^{۱۴} آخوند خراسانی در تمسک به اطلاق که نیازمند جریان مقدمات حکمت است درصورت مشکوک بودن در مقام بیان بودن متکلم مشکوک، تمسک به اصالةالبیان را به اهل محاوره نسبت داده و رواج اطلاق‌گیری فقها را در مواردی که در مقام بیان بودن متکلم احراز نشده

۱۳. خمینی، تهذیب الأصول، ۱/۱۱۰.

۱۴. خمینی، تهذیب الأصول، ۱/۱۳۳.

است شاهد بر مدعای خود گرفته‌اند.^{۱۵} پرواضح است که کشف، امری اثباتی و شک در آن، مساوق عدمش است و از آنجاکه نتیجه تابع اخس مقدمات است مشکوک بودن مقام بیان متکلم، منجر به اجمال کلام از آن حیث می‌شود. پذیرش چنین مبنایی به این معناست که مطلبی به گوینده نسبت داده شود درحالی که مرادش همچنان مشکوک است، آن هم برای جریان یک اصل لفظی دیگر! یعنی تمسک به دو اصل، یکی پس از دیگری که هرکدام در موقع شک به عنوان اصلی عقلایی بدان استناد می‌شود؛ این دو اصل عبارت‌اند از: جریان یک اصل (اصالةالبیان) قبل از انعقاد اطلاق و دیگری (اصالةالتطابق بین عالم ثبوت و اثبات) که مربوط به بعد از انعقاد اطلاق است.^{۱۶} و البته کم نیستند فقهایی که با ایشان همراهی کرده و کبرای اصالةالبیان را در موضع شک در کلام پذیرفته‌اند، از جمله شبیری زنجانی که عیناً به جریان یک اصل برای جریان اصل دیگر تصریح کرده است.^{۱۷} پذیرش چنین اصلی، آن هم از ایشان که مبنایشان در حجیت ظهورات، عدم کفایت ظن نوعی و لزوم اطمینان به مراد متکلم است، این مطلب را قوت می‌بخشد که هدف بزرگان از چنین روشی کشف مراد متکلم نیست، بلکه نوعی احتجاج به کلام است؛^{۱۸} چراکه اعتبار یک کلام به ملاک اطمینان به مراد متکلم و عدم کفایت ظن نوعی به آن، درجه بیشتری از کاشفیت را می‌طلبد و مشکل‌تر به دست می‌آید.

شاهد دیگر بر احتجاجی بودن انگیزه فقه‌ها در مواجهه با متون ادله، پررنگ تر بودن این رفتار بین کسانی است که مبنای وثوق به صدور را پذیرفته‌اند و بیش از آنکه نگاه کشفی به ادله اجتهادی داشته باشند به دنبال تعبد به ظنون معتبرند؛ مانند روش مشهور به مکتب نجف که در کلمات فقیه برجسته آن، محقق خویی بیشتر به چشم می‌خورد. شاید بتوان این گونه ادعا کرد فقهایی که از ادله حجیت خبر واحد، تعبد به آن را نتیجه گرفته‌اند، اعتبار ویژه‌ای برای الفاظ به کاررفته در متن روایت قائل‌اند؛ چراکه اعتبار اخبار نه به مناط کاشفیت، بلکه آنچه به آن متعبد شده‌اند، همین الفاظی است که در متن خبر آمده است؛ مثلاً موضوعیت دادن به عنوان موضوع حکم شرعی، در شیوه فقهی این مکتب بسیار رایج بوده، بلکه از مؤلفه‌های سبک استنباطی آن است؛ مانند جایی که موضوع حکمی مرکب از دو جزء است و یک جزء آن تکویناً احراز شده و جزء دیگر قابلیت دارد که به سبب استصحاب، احراز تعبدی شود. ایشان ضمیمه کردن اصل به وجدان را (برای تحقق موضوع) نمی‌پذیرند، زیرا معتقدند موضوع حکم، خود عنوان است و عنوان،

۱۵. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۴۸/۱.

۱۶. صدر، بحوث، ۲۸۷، پاورقی ۱.

۱۷. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۱۹۸۷/۶.

۱۸. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۵۱۷۴/۱۶.

غیر از اجزای تشکیل‌دهنده معنون است؛ به این بیان که عناوین بسیط‌اند و عقل صرفاً از اجزای تشکیل‌دهنده معنون، عنوان را انتزاع می‌کند؛ یعنی اجزا فقط منشأ انتزاع عنوان‌اند و برای تحقق عنوان، راهی جز اثبات باواسطه آن بعد از تعبد به مستصحب وجود ندارد. در نتیجه، استصحاب جزء معنون، عنوان موضوع را محقق نمی‌کند، مگر بنابر حجیت اصل مثبت. این عملکرد، اوج موضوعیت‌دادن به عنوان موجود در خطاب است. گویی هدف شارع در استفاده از یک عنوان در کلماتش، تفهیم معنون نیست. نمونه‌های فراوان از این عملکرد را می‌توان در لایه‌های کلمات محقق‌خویی تحت اصطلاح «ضم الاصل الی الوجدان» مشاهده کرد.^{۱۹}

نمونه دیگر مربوط به فردی است که به دلیل ناتوانی باید به صورت درازکش نماز بخواند. به عقیده محقق خویی اگر این فرد هیچ لباسی بر تن نداشته باشد و با رفتن به زیر پتو ستر عورت کند نمازش باطل است، مگر اینکه به گونه‌ای پتو را دور خود بپیچد که عرفاً بگویند: «پتو را پوشیده است»؛ زیرا در ادله از عنوان «نماز عریان» نهی شده است. چنین کسی اگر صدق لباس بر ساترش نکند، عنوان عریان بر او صادق و از چنین نمازی در ادله نهی شده است. پس برای صحت نماز، صرف پوشاندن عورت کفایت نمی‌کند و آنچه واجب است، عریان‌نبودن است.^{۲۰} کاملاً عرفی است که مراد امام (ع) از نهی از صلات عاری، صرف مکشوف‌نبودن عورت در نماز است، خصوصاً که همه موارد احادیث مربوطه درباره کسی است که اصلاً ساتر ندارد و هیچ موردی نیست که شخص ساتری غیر از لباس داشته باشد و امام باز هم نهی از عریان‌بودن کند.^{۲۱}

ایشان مشیربودن عناوین را دور از ظهور می‌دانند^{۲۲} و در این مبنا تا جایی پیش می‌روند که در مسئله نماز در لباسی که مشکوک است و نمی‌دانیم از حیوان حلال‌گوشت تهیه شده یا از حرام‌گوشت، با اجرای اصل حلیت اکل در گوشت آن حیوان مجهول، حلیت نماز در پوستش را نتیجه می‌گیرند. گویا به قدری عنوان «یؤکل لحمة» موضوعیت دارد و از معرّف‌بودن ذات حیوانات دور است که در نگاه ایشان حقیقتاً شریعت بین فعل خورده‌شدن و پوشیده‌شدن در نماز ملازمه قانونی برقرار کرده است.^{۲۳}

نمونه دیگر اشکالی است که به برداشت شیخ انصاری درباره حدیث رفع قلم از صبی وارد است. اینکه چرا شیخ انصاری رفع عقاب و مؤاخذه را مضمون حدیث دانسته است، حال آنکه معنا ندارد شارع چیزی را

۱۹. خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۲۸۰/۱؛ ۴۷۱/۲.

۲۰. خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۱۴۱۸، ج. ۳، ۲۳۹.

۲۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۴/۴۸۴.

۲۲. خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۲۲۸/۱۲.

۲۳. خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۲۴۳/۱۲.

رفع کند که معجول شرعی نیست.^{۲۴} برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به دفاعی که شبیری زنجانى در این باره از شیخ انصاری می‌کند.^{۲۵} چنین رفتاری با ادله در نظر عرف پذیرفتنی نیست. چنین روشی از کلام میرزای نایینی نیز برداشت شدنی است. وی معتقد است که هرآنچه از متن به‌خودی خود فهمیده شود، به‌عنوان مراد متکلم در نظر گرفته شده است و ملاک اعتبار آن، همان ظهور تصدیقیه خواهد بود.^{۲۶}

۵. برخی مصادیق موضوعیت‌دادن به خطابات

ا. در اجرای سایر اصول لفظی نیز چنین شیوه‌ای وجود دارد. برخی اصولیان اصالة العموم را در جایی که حتی شک در تخصیص داریم جاری می‌دانند؛ یعنی برداشت شمول از متن خطاب در ناحیه‌ای که کاملاً مجمل است. بلکه برخی با وجود ظن نوعی نامعتبر بر عدم شمول (یعنی وجود ظن نوعی برخلاف ظهور یک متن) باز هم از اعتبار آن دست بر نمی‌دارند.^{۲۷}

ب. انتقای سنخ حکم در صورت انتقای شرط در مبحث مفهوم شرط هم نمونه‌ای دیگر است. در باب مفاهیم، نزاع در جایی است که متکلم در مقام بیان تمام مراد نباشد.^{۲۸} برای مثال، در مفهوم شرط؛ اینکه از عدم وجدان شرطی غیر از آنچه در کلام ذکر شده است، عدم وجود شرط دیگر را نتیجه بگیریم، می‌تواند معلول موضوعیت‌دادن به خطاب باشد؛ یعنی خطاب را نه کاشف از اصل حکم، بلکه آئینه تمام‌نمای واقع بدانیم؛ زیرا کاشف، اعم است از کاشفی که کشف کامل می‌کند و کاشفی که تنها بخشی از واقعیت را می‌نمایاند. اگر در لوح محفوظ حکمی را می‌دیدیم که تنها یک شرط دارد، صحیح بود که همان شرط را علت منحصره در جریان مشروط بدانیم. حال، برخی فقها همین نتیجه را از خطاب مشروط گرفته‌اند. هرچند با ادعای وضع و... به دنبال اثبات چنین برداشتی از خطاب بوده‌اند اما در نهایت آنچه بتوان با آن مفهوم مخالف گرفت، صرف احتجاج است. شهید صدر اجمالاً با این مطلب که «با اصالة التطابق نمی‌توان تعیین علاقه علیت کرد» موافقت کرده است.^{۲۹}

ج. نزاعی جدی در باب برائت عقلی وجود دارد که آیا قیح عقاب بلا بیان صرفاً جایی است که بیان از شارع صادر نشده باشد و یا در جایی که بیان صادر شده اما به دست عبد نرسیده است نیز جاری است.

۲۴. خوئی، موسوعة الإمام الخوئی، ۲۵۰/۳.

۲۵. شبیری زنجانى، کتاب نکاح، ۳۳۵۸/۱۰.

۲۶. نایینی، فوائد الاصول، ۱۴۶/۳؛ ۷۱۹/۴.

۲۷. هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول، ۲۰۴/۷.

۲۸. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۹۶/۱.

۲۹. صدر، بحوث، ۳۳۰.

گرامی‌پور و جمال بافقی؛ نقد روش‌شناختی تمرکز بر متن خطابات شرعی در مقام استظهار از ادله نقلی/ ۲۴۷

سیدیزدی از طرف‌داران نظر اول است؛^{۳۰} چرا که حکم عقل مستقل باید قطعی باشد و قدر متیقن در مانحن‌فیه، صورت اول است و عدم‌صدور بیان هم در شریعت ما کشف از عدم‌اراده مولا نسبت به اتیان می‌کند. نتیجه این نظر عبارت است از اینکه عملاً چیزی به نام برائت عقلی باقی نمی‌ماند؛ چرا که آن عدمی که معتبر است شکی باقی نمی‌گذارد و کشف از واقع می‌کند و آن عدمی که شک باقی می‌گذارد اعتباری ندارد. درنهایت، تنها راه اعتقاد به برائت عقلی این است که در مقام احتجاج، خطاب را هنگام شک، به منزله خود واقع بگیریم.

د. برخی از فقها هر کلامی از امام(ع) را حمل بر بیان احکام می‌کنند، حال آنکه ائمه(ع) شئون دیگری غیر از بیان احکام نیز داشته‌اند. شبیری زنجانی در برخورد با چنین رفتاری لب به اعتراض گشوده و بیان می‌کند: «چه الزامی دارد ما همه روایات را مرتبط با احکام بدانیم و آن‌ها را از شئون شارع بما هو شارع بینگاریم؟ این همه احادیث در معارف مختلف همچون تاریخ، جغرافیا، علوم قرآن، عوالم مبدأ و معاد و... وجود دارد که هیچ‌یک فقهی نیست...»^{۳۱} برای نمونه، با اینکه در متن تمامی احادیث باب مربوط به خوردن پنیر و گردو، فقط به بیماری‌ز بودن اشاره شده و همین قرینه کافی است تا این احادیث را کلام شارع بما هو شارع ندانیم، با این وجود خود شیخ حر عاملی نام این باب را به گونه‌ای انتخاب کرده است که معلوم است دو حکم از آن نتیجه گرفته است: «باب استحباب خوردن پنیر به همراه گردو و کراهت خوردن هر کدام بدون دیگری.»^{۳۲} ابوالقاسم علیدوست در کتاب فقه و مصلحت، شئون دیگری از کلام صادر از ائمه(ع) ذکر کرده است.^{۳۳}

۶. نقد و بررسی مصادیق موضوعیت‌دادن به خطابات

باتوجه به دو نقدی که در بخش نقد و بررسی ذکر شد، چنین استظهاراتی در مقام کشف مراد متکلم نامعتبر است. همچنین عقلاً باتوجه به همان دو نقد، در مقام احتجاج نیز چنین روشی ندارند. دست‌کم باید اعتراف کرد چنین روشی (جمود بر متن‌های مجمل در مقام رفع تحجیر و عذر آوردن) از عقلاً ثابت نشده است. البته گاهی انس فراوان با این روش برای بسیاری عرفی بودن این شیوه را به باوری ریشه‌دار تبدیل کرده است، خصوصاً اثبات این بنای عقلایی برای کسانی که حجیت بنای عقلاً بما هم عقلاً را محتاج امضای شارع می‌دانند مشکل‌تر خواهد شد؛ چون غالب فقها که بنای عقلاً را به عنوان منبعی مستقل قبول ندارند،

۳۰. یزدی، حاشیه‌فرائد الأصول، ۱۱۲/۲.

۳۱. شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ۳۳۵۸/۱۰.

۳۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۲۱/۲۵.

۳۳. علیدوست، فقه و مصلحت، ۴۹۵.

باید امضای شارع را هم برای اعتبار چنین روشی احراز کنند. شاید عمومات و اطلاقاتی که در منظر ائمه عمل می‌شده است و حضرات معصومان(ع) تقریر کرده‌اند، از باب وثوق به عدم تخصیص و تقيید بوده است. آیا می‌شود موردی یافت که شخصی در حضور امام(ع) با اینکه در اثر منشأ عقلایی، شک به تخصیص داشته است باز هم به این اصول لفظیه عمل کرده باشد؟ اساساً به جز کشف، منشأ دیگری برای احتجاج بین عقلا وجود ندارد و احتجاج نیازمند یک ملاک و منشأ حقیقی است که با عقل عملی درک شود؛ مثلاً فقها در جایی که شک در انصراف داشته باشند به قدر متیقن از معنای یک لفظ اکتفا می‌کنند، هر چند اطمینان داشته باشند موضوع له آن لفظ قطعاً شامل آن معنای مشکوک می‌شود. این مطلب شاهد خوبی است که حتی وضع هم صرفاً ابزاری برای دسترسی به کشف است و جز کشف از مراد اعتباری ندارد. اما وقتی پای بیانات موجود در منابع شرعی به میان می‌آید، چنین محوری در باره کشف کم‌رنگ می‌شود.

هر چند چنین احتجاجی یک قرارداد عقلایی همانند اصول لفظیه در نظر گرفته شده است و با اصول عملیه تبعیدی مجعوله از سوی شارع فرق دارد؛ اما بعید نیست این مطلب مطرح‌شدنی باشد که لازمه چنین روشی بی‌اعتبار دانستن مثبتات اصول لفظیه است. شبیه استصحاب که در عین اصل بودن، محرز هم هست؛ یعنی هر چند تبعیداً از سوی قانونگذار معتبر شده است، اما محرز واقع بودن آن سبب شباهت آن به کلام مجمل - که فقط برای عذرآوری مفید است - می‌شود. برخی بزرگان به دلیل همین لوازم بعیده، اصالة العموم و اصالة الاطلاق را نامعتبر می‌دانند^{۳۴} اما اکثر فقها متعرض چنین مطلبی نشده‌اند.

ضرورت اصل تطابق بین دلالت تصویری و تصدیقیه و بین مراد استعمالی (دلالت تصدیقیه) و مراد جدیه به صورت اجمالی انکارنشده است؛ یعنی هیچ عاقلی منکر این نمی‌شود که متکلم موظف است کلام را طبق خواسته‌اش بیان کند، لکن تمام بحث بر سر این مطلب است که خواسته متکلم در آن جایگاه (حین پاسخ‌گویی به کسی که نمی‌داند چگونه عمل کند تا عملش مطابق شریعت باشد)، چیست؟ آیا صرفاً جمله‌ای بیان می‌کند که با عمل به آن به وظیفه عمل شده باشد؟ یا نحوه دقیق جعل قانون از حیث چیستی موضوع، حکم، نسبت میان آن دو و قیود هر کدام به طور جداگانه مورد اراده متکلم بوده است؟ به عبارت دیگر، همه نزاع بر سر این است که هدف متکلم از بیان جمله‌اش چیست؟ قدر متیقن این است که هدف متکلم از پاسخ به یک سؤال صرفاً رفع جهل سائل راجع به همان چیزی است که از آن سؤال کرده است و نه بیشتر و بیش از این مقدار نیاز به دلیل دارد. متن و شیوه سؤال کردن از امام(ع) در احادیثی که از

گرامی‌پور و جمال بافقی؛ نقد روش‌شناختی تمرکز بر متن خطابات شرعی در مقام استظهار از ادله نقلی/ ۲۴۹

آن احادیث بزرگترین قاعده عمومی استفاده می‌شود (روایات استصحاب) و توسط فقیه‌ترین راوی (زراره) نزد امام مطرح شده است نمونه خوبی است.^{۳۵}

بله، گاهی از متن و محتوای پاسخ معلوم می‌شود امام فارغ از آنچه سؤال راوی بوده است، مطلبی به او یاد می‌دهد که شاید اصلاً به ذهن راوی نیامده است تا از آن سؤال کند اما چنین مطلبی تعمیم‌دادنی نیست. قدرمقیّن از احادیث این است که هدف امام و به تبع مراد ایشان از بیان جملات، رفع جهل راوی راجع به همان مطلبی است که از آن سؤال کرده است و نه بیشتر و بر بیش از این مقدار دلیلی نداریم. تأسیس اصل در مقام کشف مراد گوینده و جاری کردن آن، با انگیزه از اجمال در آوردن آن عرفی نیست. نتیجه‌گرفتن تطابق عالم اثبات با عالم ثبوت در کلام مشکوک و مجمل با تمسک به چنین اصلی تا این مقدار وسعت ندارد؛ اینکه عقلاً تا این حد؛ یعنی در ریزترین ابعاد کلام (چه در ماده و چه در هیئت) متکلم را موظف بدانند که در مقام بیان باشد و انطباق کلمات بر کیفیت جعل قانونی که آموزش می‌دهد بعید است و عادتاً هدف متکلم از بیان جمله‌اش اصلاً تعیین چنین مطالبی نیست. معمولاً وقتی در مقام اثبات اصاله‌التطابق سخن به میان می‌آید از مثال‌هایی استفاده می‌شود که فقط اصل انطباق اثبات و ثبوت را به‌طور کلی و فی‌الجمله می‌رساند؛ مانند اینکه ممکن نیست متکلم بدون قرینه‌ای، «اسد» گفته باشد، درحالی‌که مرد شجاع اراده کرده است.^{۳۶} حال آنکه، این مقدار تطابق بین دلالتین را احدی انکار نمی‌کند؛ چراکه این مقدار از دلالت، دلالتی حداقلی است و آنچه در این نوشتار محل بحث است ریزترین ابعاد کلام و بیشتر این مقدار است.

۷. راه‌حل

با نقدهایی که بیان شد لزوم دست‌برداشتن از متن مجمل حتی در مقام احتجاج واضح می‌شود؛ یعنی پابندی به آنچه دانشمندان علم اصول بیان کرده‌اند که عبارت است از: اکتفای به ادله لفظی فقط در مقام کشف مراد متکلم و رجوع به اصل عملی در مقام فقدان نص مبین. تنها توجیهی که در علت تفاوت عرصه نظر و عملکرد فقها می‌توان بیان کرد فقدان دلیل مبین است و اینکه اگر بخواهیم با اجمال هر متنی (حتی در حیطه اجمال در شمول، یعنی عدم‌ظهور در عموم و اطلاق) فوراً آن را کنار بگذاریم، دست ما از ادله اجتهادی به‌قدری خالی می‌ماند که نمی‌توان این مقدار فقدان دلیل را پذیرفت، خصوصاً کسانی که مبنای تعبد به خبر واحد را با ملاک صحیح‌السند بودن پذیرفته‌اند و به‌ناچار با سخت‌گیری در سند، بسیاری ادله

۳۵. خمینی، تهذیب‌الأصول، ۴۲۱/۱.

۳۶. فاضل موحّدی لنگرانی، اصول فقه شیعه، ۲۴۰/۶.

لفظی را از دست داده‌اند، لذا کم‌شدن ادله اجتهادی آنان را ناچار به بهره‌کشی بیش‌ازحد متون معتبر کرده است.

چنین دغدغه‌ای در بسیاری موارد در کلام فقها مطرح شده است. برای نمونه، سیدتقی قمی در مقام پاسخ به اشکال مشکوک بودن مقام بیان هنگام اطلاق‌گیری چنین می‌گوید: «جایی که در مقام بیان بودن متکلم مشکوک است احتمال اینکه متکلم در مقام بیان نباشد را با اصالةالبیان رفع می‌کنیم و اگر چنین نکنیم باب تمسک به اطلاقات مسدود خواهد شد.^{۳۷} همچنین آخوند خراسانی که به چنین اصلی اعتقاد دارد در بحث مفهوم شرط در رد کسی که می‌خواهد با احراز حقیقی، در مقام بیان بودن متکلم، مفهوم را اثبات کند اعتراف می‌کند که: «چنین اطلاقی به‌ندرت اتفاق می‌افتد اگر نگوییم که اصلاً رخ نمی‌دهد.»^{۳۸} هرچند چنین مطلبی درباره مفهوم شرط از ایشان صادر شده است؛ اما از آنجاکه مناط مطلب واحد است می‌توان این احتمال را جدی دانست که ایشان هم احراز در مقام بیان بودن در متکلم را نادر می‌دانند. در این صورت باید اعتراف به انسداد باب علم در معظم احکام کرد و به همان شیوه‌ای تمسک جست که بین عقلا در ظرف انسداد اثبات شده است و از باب ناچاری اکتفا به بهترین ظنون کرد.

نتیجه‌گیری

استظهار از متن دارای چهارلایه است: لایه اول، دلالت تصویری که در واقع دلالت نیست؛ بلکه صرفاً تداعی معناست. لایه دوم، دلالت تصدیقیه یا مراد استعمالی است که همان مرحله قبلی است، با این تفاوت که این بار قصد گوینده هم با آن همراه شده است. لایه سوم، مراد جدی و نمایانگر انگیزه گوینده است. لایه چهارم، فضای احتجاج بین گوینده و شنونده را شکل می‌دهد. این لایه مرحله‌ای اثباتی است برای مراحل سه‌گانه قبل که آن مراحل ناظر به عالم ثبوت بود.

در عملکرد فقها در مقام استظهار، شاهد موضوعیت دادن به متن خطاب در کشف نحوه جعل هستیم که از کاشفیت مراد شارع جداست؛ لذا از روش عقلا در تکلم، که مرادشان کشف مراد متکلم است، فاصله گرفته‌اند.

دو نقد به این گونه استظهار وارد است: نقد اول؛ غیرعقلایی بودن چنین استظهاری است. نقد دوم؛ مربوط به نحوه ثبت و انتقال احادیث است.

از شواهد و قرائن به دست می‌آید قصد برخی از فقها در موضوعیت دادن به متن خطاب، صرف

۳۷. طباطبایی قمی، دراستنا من الفقه الجعفری، ۱۴۰۰، ق، ۱۶/۴.

۳۸. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، ۲۷۱/۱.

بهره‌بردن در مقام احتجاج است، لکن چنین استظهاراتی در مقام کشف مراد متکلم نامعتبر است و دست‌کم باید اعتراف کرد چنین روشی (جمود بر متن‌های مجمل در مقام رفع تحیر و عذر آوردن) از عقلا ثابت نشده است.

با نقدهایی که راجع به این نوع استظهار وجود دارد، لزوم دست‌برد داشتن از متن مجمل حتی در مقام احتجاج واضح می‌شود؛ لذا در این صورت باید اعتراف به انسداد باب علم در معظم احکام کرد و به همان شیوه‌ای تمسک جست که بین عقلا در ظرف انسداد اثبات شده است و از باب ناچاری اکتفا به بهترین ظنون کرد.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: بی‌نا. ۱۴۰۹ق.
- آملی، محمدتقی. مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. بی‌جا: بی‌نا. ۱۳۸۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی. کتاب من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. ۱۴۱۳ق.
- اصفهان‌ی، محمدحسین. نهاية الدراية فی شرح الکفایة. بیروت: آل‌البیت لاحیاء التراث. چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت (ع). ۱۴۰۹ق.
- خمینی، روح‌الله. تهذیب الأصول. تهران: بی‌نا. ۱۴۲۳ق.
- خویی، ابوالقاسم. المستند فی شرح العروة الوثقی. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.
- خویی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهة: المکاسب. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.
- خویی، ابوالقاسم. موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی (ره). ۱۴۱۸ق.
- روحانی، محمد، منتقی الاصول. قم: دفتر آیت‌الله سید محمد حسینی روحانی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- روحانی، محمد. المرتقی الی الفقه الأرقی: کتاب الخمس. قم: مولود الکعبة. ۱۴۲۲ق.
- سبزواری، عبدالأعلى. مهذب الأحکام. قم: المنار. ۱۴۱۳ق.
- شیرازی، موسی. کتاب نکاح. قم: رأی‌پرداز. ۱۴۱۹ق.
- شهیدی‌پور زنجانی، محمدتقی. ابحاث اصولیة. بی‌جا: بی‌نا. بی‌تا.
- صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الأصول. قم: بی‌نا. ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی قمی، تقی. دراساتنا من الفقه الجعفری. قم: خیام. ۱۴۰۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة. ۱۴۰۷ق.
- عراقی، ضیاء‌الدین. نهاية الافکار. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

- عراقی، ضیاءالدين. رسالة في اللباس المشكوك. قم: مؤسسة النشر الإسلامي. ۱۴۱۴ق.
- عليدوست، ابوالقاسم. فقه و مصلحت. بی جا: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۸۸.
- فاضل موحدي لنكراني، محمد. اصول فقه شيعه. قم: مركز فقهی انمۀ اطهار. ۱۳۸۱.
- فياض، محمداسحاق. تعاليق مبسوطه على العروة الوثقى. قم: محلاتی. بی تا.
- مكارم شیرازی، ناصر. انوار الفقاهة: كتاب الخمس و الأنفال. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۱۶ق.
- منتظری، حسینعلی. كتاب الخمس و الأنفال. قم: بی نا. بی تا.
- نایینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: بی نا. ۱۳۷۶.
- هاشمی شاهرودی، محمود. بحوث في علم الاصول. بی جا: مؤسسه فقه و معارف اهل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۳۳ق.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. حاشیه فوائد الأصول. قم: بی نا. ۱۴۲۶ق.

Transliterated Bibliography

Qurān-i Karīm.

- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: s.n. 1989/1409.
- ‘Alidūst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va Maṣliḥat*. s.l: Pazhūhishgāh Farhang va Andīshih-yi Islāmī. 2010/1388.
- ‘Āmulī, Muḥammad Taqī. *Miṣbāḥ al-Hudā fi Sharḥ-i al-‘Urwa al-Wuthqā*. S.l. s.n. 1961/1380.
- Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. *Ta’āliq Mabsūṭa ‘alā al-‘Urwa al-Wuthqā*. Qum: Maḥalātī. S.d.
- Fāzil Mūvaḥidī Lankarānī, Muḥammad. *Uṣūl Fiqh Shī‘ah*. Qum: Markaz-i Fiqhī A’imah Aṭṭhār. 2003/1381.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. *Buḥūth fi ‘Ilm al-Uṣūl*. s.l. Mū’assisah-yi Fiqh va Ma’ārif Āl al-Bayt (AS). Chāp-i Awwal, 2012/1433.
- Ḥurr ‘Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā’il al-Shī‘a*. Qum: Āl al-Bayt (AS). 1989/1409.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ‘Alī. *Kitāb Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1993/1413.
- ‘Irāqī, Ḥayyā’ al-Dīn. *Nihāya al-Afkār*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. Chāp-i Sivum, 1996/1417.
- ‘Irāqī, Ḥayyā’ al-Dīn. *Risālah fi al-Libās al-Mashkūk*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 1994/1414.
- Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fi Sharḥ al-Kifāya*. Beirut: Āl al-Bayt li-Iḥyā’ al-Tūrāth. Chāp-i Duwum, 2008/1429.
- Khūṭī, Abū al-Qāsim. *al-Mustanad fi Sharḥ al-‘Urwa al-Wuthqā*. s.l. s.n. s.d.
- Khūṭī, Abū al-Qāsim. *Mawsū‘a al-Imām al-Khūṭī*. Qum: Mū’assisa Iḥyā’ Āthār-i al-Imām Khūṭī. 1997/1418.

Khū f, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Faqāhah: al-Makāsib*. . s.l. s.n. s.d.

Khumaynī, Rūḥ Allāh. *Tahdhib al-Uṣūl*. Tehran: s.n. 2002/1423.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Faqāhah; Kitāb al-Khums wa al-Anfāl*. Qum: Madrisah-yi Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib(AS). 1995/1416.

Muntazirī. Ḥusayn ‘Alī. *Kitāb al-Khums wa al-Anfāl*. Qum: s.n. s.d.

Nā’inī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qum: s.n. 1998/1376.

Rūḥānī, Muḥammad. *al-Murtaqā ilā al-Fiqh al-Arqā: Kitāb al-Khums*. Qum: Mawlūd Ka‘ba. 2001/1422.

Rūḥānī, Muḥammad. *Muntaqī al-Uṣūl*. Qum: Daftar Āyat Allāh Sayyid Muḥammad Ḥusaynī Rūḥānī, Chāp-i Awwal, 1993/1413.

Sabzawārī, ‘Abd al-‘Alā. *al-Muhadhdhab al-Aḥkām*. Qum: al-Minār, 1993/1413.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qum: s.n. 1996/1417.

Shahīdipūr Zanjānī, Muḥammad Taqī. *Abḥāth Uṣūliya: Ta‘āruḍ al-Adala*. s.l. s.n. s.d.

Shubayrī Zanjānī, Mūsā. *Kitāb-i Nikāḥ*. Qum: Ra’ypardāz. 1998/1419.

Ṭabāṭabāyī Qumī, Taqī. *Dirāsātānā min al-Fiqh al-Ja‘farī*. Qum: Khayām. 1980/1400.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhib al-Aḥkām*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. 1987/1407.

Yazdī, Muḥammad Kāzim ibn ‘Abd al-‘Azīmī,. *Ḥāsiyah Farā'id al-Uṣūl*. Qum: s.n. 2005/1426.



The Authority of *Asle Mosbet* with a Reflection on Narrations

Ehsan Mehrkesh

Professor of Advanced Levels, Seminary of Qom, Qom, Iran

Email: e.mehrkish@gmail.com

Abstract

Numerous distinctions have been made between the principles (*usūl*) and legal indicators (*amārāt*), including differences in subject matter, source of legitimacy, essential nature, and the type of supporting evidence, all of which are discussed in *usūlī* and some of the jurisprudential works. Based on these distinctions, the majority of *usūlīs* and jurists hold that when a legal indicator (*amāra*) entails implications (*lavāzim*), then not only the direct meaning (*madlūl-i mutābiq*) but also the implicative ones (*lavāzim*) possess legal authority. However, in practical principles (*usūl-i ‘amaliyya*) such as ‘*istishāb*’ (presumption of continuity), only the direct meaning carries legal authority, while the primary implications of the principle, referred to as “Natural Principle”, are not considered authoritative. This distinction directly impacts numerous areas of jurisprudence and *usūl-i fiqh*. Some of the examples where the acceptance or rejection of the Natural Principle leads to entirely different theoretical outcomes for those engaged in legal reasoning include: proving inheritance for heirs when the parent’s death is uncertain, confirming purity (*ṭahārat*) when in doubt about the presence of an obstacle, general presumption of continuity types two and three, the applicability of the principle in primary and subsidiary obligations, and primordial nonexistence presumptions (*‘istishāb-i ‘adam azālī*). The present article analyzes the difference from the perspective of narrative evidences and uses the library method to revisit the narrations regarding the presumption of continuity. It also aims to not only prove the Natural Principle based on *Ḥadīths*, but also reveal certain problematic misreadings of *usūlī* scholars.

Keywords: ‘*istishāb*’ (Presumption of Continuity), Legal Indicators (*Amārāt*), Natural Principle (*Asl-i Muthbat*), Rational Implications, Normal Implications.





حجیت اصل مثبت با درنگ در روایات

احسان مهرکش

استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم

Email: e.mehrkes@ gmail.com

چکیده

در مورد فرق اصول و امارات موارد متعددی ذکر شده است؛ اختلاف‌های «موضوعی»، «مجمولی»، «جوهری» و «تفاوت از منظر ادله» مواردی است که در کتب اصولی و برخی از کتب فقهی برای وجه تفاوت این دو مقوله قابل مشاهده است و به واسطه همین موارد، غالب اصولیان و فقها، معتقدند اگر اماره‌ای دارای لوازم باشد، علاوه بر مدلول مطابقی، این لوازم نیز حجت است، لیکن در اصول عملیه همچون استصحاب، فقط دلالت مطابقی متصف به حجیت است و لوازم اصل که از آن به «اصل مثبت» تعبیر می‌شود حجت نیست. این تفاوت در مواد بسیار زیادی از فقه و اصول تأثیر مستقیم دارد. مسائلی چون: «اثبات ارث برای وراث هنگام مجهول بودن فوت والد»، «اثبات طهارت هنگام شک در وجود مانع»، «استصحاب کلی نوع دوم و سوم»، «جریان اصل در واجب اصلی و تبعی» و «استصحاب عدم ازلی» بخشی از مسائل فقهی و اصولی است که قبول یا عدم قبول «اصل مثبت»، در این مسائل نظری کاملاً متفاوت برای متکفل استنباط پدید می‌آورد. مقاله حاضر تفاوت از منظر ادله روایی را مورد بررسی قرار داده و سعی دارد با روش کتابخانه‌ای به بررسی اخبار وارده باب استصحاب پردازد و علاوه بر اثبات «اصل مثبت» باتوجه به روایات، برخی از برخوردهای ناصواب اصولیان را نیز نمایان سازد.

واژگان کلیدی: استصحاب، امارات، اصل مثبت، لوازم عقلی، لوازم عادی.

مقدمه

از جمله مباحث مهم علم اصول فقه، لوازم امارات و اصول است که تأثیر آن در مسائل فقهی و اصولی بر آشنایان با دانش فقه و اصول پوشیده نیست. دانش پژوهان این دو علم در عصر حاضر در غالب موارد با این اصل مُتَلَقی به قبول مواجه شده‌اند که اگر اماره‌ای مانند خبر واحد دارای لوازمی بود، آن لوازم پذیرفتنی است،^۱ اما اگر اصلی از اصول عملیه مانند استصحاب دارای لوازمی بود، آن لوازم متصف به حجیت نیستند.^۲

مشهور اصولیان متأخر بر این باورند که استصحاب در آنجا که حکم شرعی بدون واسطه بر مستصحب مترتب می‌شود، جاری است؛ برای نمونه: ۱. اگر شخصی طهارت حاصل کند و سپس بعد از گذشت مدتی شک در بقای طهارت کند که آیا همچنان بر طهارت باقی است یا نه، استصحاب طهارت جاری است و تمام آثار -از قبیل جواز مسح مصحف یا جواز نماز فرادا یا جواز نماز جماعت یا جواز نماز استیجاری به وسیله آن- مترتب می‌شود؛ ۲. اگر زید غایب شود و سپس در زنده بودن او شک حاصل شود، استصحاب حیات جاری می‌شود و تمام احکام -از قبیل حرمت تقسیم اموال یا حرمت تزویج زوجة او به دیگری- بر آن جاری می‌شود.

یعنی اثبات طهارت یا اثبات عدم ایمان زید یا حرمت تقسیم اموال بدون حضور وسائط عقلی یا عادی مترتب می‌شود، ولی استصحاب در مثال‌های زیر جاری نیست:

۱. زید بعد از وضو مانعی در دست مشاهده می‌کند؛ آیا می‌توان عدم وجود مانع در دست را استصحاب کرد و به تبع آن، رسیدن آب به پوست و حکم به طهارت را نتیجه گرفت یا نه؟
۲. اگر زید ده سال غایب شود و بعد از گذشت پنج سال در حیات او شک حاصل شود، آیا می‌توان حیات او را استصحاب کرد و بلوغ آن را نتیجه گرفت و سپس آثار شرعی، از قبیل حرمت تقسیم اموال و حرمت تزویج زوجة او، را بر آن مترتب کرد؟

در این موارد استصحاب جاری نیست، زیرا حکم شرعی با واسطه اثبات می‌شود؛ یعنی نمی‌توان به وسیله استصحاب عدم وجود مانع طهارت را ثابت کرد، زیرا با چنین استصحابی (یعنی استصحاب عدم مانع) در ابتدا رسیدن آب به پوست بدن استنتاج می‌شود و سپس بر این لازم عقلی، حکم شرعی که طهارت باشد، مترتب می‌شود (و استصحاب از اثبات چنین آثاری قاصر است)، همین‌طور در مثال غایب

۱. اصولیان در مواردی اندک، لوازم امارات را نیز تلقی به قبول نکرده‌اند. توضیح این مطلب مناسب چندانی با هدف این مقاله ندارد (نک: آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۲۶: «المثبت من الأصول اللفظية وإن كان حجة إلا أنه لا یبذل من الاقتصار علی ما یساعد علیه الدلیل ولا دلیل هاهنا»).

۲. آشتیانی، بحر الفوائد، ۳۰۶/۷ و ۳۰۷؛ نائینی، اجود التقریرات، ۱۳۰/۴؛ خونی، مصباح الاصول، ۱۶۷/۳؛ عراقی، نهاية الافکار، ۱۸۸/۴.

اگر هدف نوشتار حاضر اثبات شود و لوازم استصحاب با توجه به روایات، متصف به حجیت شوند، استصحاب در مثال‌های یادشده جاری می‌شود و در پی آن، رویکردی متفاوت با آنچه متداول است در مسائل فقهی و اصولی شکل می‌گیرد. البته بعضی اصولیان لوازم اصل مثبت را حجت می‌دانند، مانند مصطفی خمینی^۴ و نیز محقق حیدری در مواردی که لوازم عقلی بر آثار شرعی مستصحب جریان یابد،^۵ لکن روش این جستار در اثبات مثبتات استصحاب، معطوف به روایات و تحلیل آن است و همین وجه تمایز این پژوهش از دیگر تحقیقات در زمینه مذکور است. هیچ‌یک از قائلان به اعتبار مثبتات اصول، برای اثبات ادعای خود، به تحلیلی که در این مقاله برای اعتبار مثبتات اصول بیان شده روی نیاورده‌اند؛ ازاین‌رو هرچند در نتیجه با دیگر تحقیقات متفاوت نیست، تحلیلی جدید از روایات ارائه داده است.

موارد زیر را می‌توان به‌عنوان پیشینه بحث ذکر کرد:

«بررسی اعتبار مثبتات ادله با رویکردی به نظر امام خمینی»، نوشته اکبر احمدی و همکاران، مقاله‌ای است علمی پژوهشی که اعتبار مثبتات امارات و دیدگاه امام خمینی در این زمینه را بررسی کرده است که آیا علت اعتبار کاشفیت ادله است یا بنای عقلا؛^۶ «عدم حجیت استصحاب در لوازم عقلیه»^۷ مقاله‌ای است که به نقد مثبتات اصول پرداخته است؛ همچنین مقالات زیر نمونه‌هایی است که نویسندگان در آن‌ها به مسئله اصل مثبت از زوایای مختلف پرداخته‌اند:

«بررسی مسئله حجیت و عدم حجیت اصل مثبت» نوشته محمد ناطقی؛

«کاربرد اصل مثبت در علم اصول و فقه»؛ نوشته الهام معزی نجف‌آبادی و ابوالقاسم نقیعی؛

«پژوهشی در ماهیت اصل محرز با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر»، نوشته هادی مصباح، محمدحسین حائری و مجتبی الهی خراسانی.

آثار مذکور نشان می‌دهد که لوازم اصول عملیه مبحث ناآشنایی میان اصولیان جدید و قدیم نبوده است، لکن آنچه این تحقیق را متمایز می‌سازد این است که محور بررسی در پژوهش پیش‌رو روایات

۳. عراقی، نهاية الافکار، ۱۷۸/۴؛ نائینی، فوائد الاصول، ۴/۸۷.

۴. «ما الاستصحاب، فلا یبعد کونه دلیله اماره شرعیة بالسبب، أو بلحاظ الكشف الناقص، و لکنه محکوم بأحكام الأمارات، لأنّ اعتباره بقاء یقین و هو أشّ الأمارات و لذلك یكون مثبتاتها حجة» (خمینی، تحریرات فی الاصول، ۲/۳۳۰ و ۳۳۱).

۵. «و لعل الاظهر جریان الاستصحاب و ترتب الآثار الشرعیة ذات الوساطة العقلیة و العادیة القطعیة، سواء كانت الوساطة جلیة او خفیة» (حیدری، اصول الاستنباط، ۲۸۳).

۶. احمدی و همکاران، «بررسی اعتبار مثبتات ادله با رویکردی به نظر امام خمینی»، ۹۵ تا ۱۱۵.

۷. مدرس، «عدم حجیت استصحاب در لوازم عقلیه»، ش ۸۵.

است؛ حجیت اصل مثبت باتوجه به روایات بررسی شده و اگر از موارد تهافت برخورد اصولیان با ادله سخن به میان آمده، یکسره بر محور تحلیل روایات است. مطلب یادشده وجه تمایز تحقیق حاضر از دیگر پژوهش‌ها در این بررسی موضوع مدنظر است.

این جستار در پی پاسخ به این سؤالات است: آیا لوازم عقلی یا عادی استصحاب حجت است یا نه؟ علت اعتبار مثبتات امارات و عدم اعتبار مثبتات اصول از ناحیه مشهور چیست؟ آیا در بررسی ادله استصحاب، عملکرد متناقضی از سوی اصولیان مشاهده می‌شود؟ چه ثمراتی بر اثبات حجیت مثبتات اصول عملیه مترتب است؟

۱. مفهوم‌شناسی مفردات

لازم است در ابتدا معنا و مفهوم واژه‌های «اصل» و «مثبت» مشخص شود.

أ. اصل در لغت و اصطلاح: اصل در لغت به معنای پایین و اسفل هر شیء است^۸ و گویا از اساس آن خبر می‌دهد؛^۹ به دیگر بیان، هر چیزی که بر آن پایه‌گذاری شود و اساس شیء دیگر واقع شود، اصل محسوب می‌شود.^{۱۰}

شهید ثانی در اصطلاح برای اصل چهار معنای «دلیل»، «راجع»، «استصحاب» و «قاعده» را ذکر می‌کند؛^{۱۱} همان‌طور که کلمه اصل درباره اصول لفظیه نیز استعمال می‌شود.^{۱۲} در مسئله مورد بحث، منظور از اصل، استصحاب است، همچنان‌که بسیاری از اصولیان نیز مراد از اصل در این مجال را استصحاب قلمداد کرده‌اند.^{۱۳}

علت تمرکز بحث بر استصحاب آن است که اگر در این باب، مثبتات اثبات شود، در دیگر موارد نیز می‌توان جریان آن را بحث کرد و اگر در استصحاب اثبات نشود، به طریق اولی در سایر موارد نیز اثبات نخواهد شد.^{۱۴} به همین دلیل محقق آشتیانی تصریح می‌کند اصل مثبت مخصوص استصحاب نیست و در سایر اصول عملی نیز می‌تواند جاری شود.

۸. ابن‌منظور، لسان العرب، ۱/۱۱۵؛ فیروزآبادی، قاموس المحيط، ۸۸۴، ۸۸۵.

۹. ابن‌فارس، معجم مقاییس اللغة، ۶۲.

۱۰. ابن‌منظور، لسان العرب، ۱/۱۱۵.

۱۱. «فی الاصطلاح يطلق علی الدلیل و الرّاجع و الاستصحاب و القاعدة» (شهید ثانی، تمهید القواعد، ۳۲/۱).

۱۲. رشتی، بدایع الافکار، ۹۵.

۱۳. عراقی، نهاية الافکار، ۱۸۷/۴، ۱۸۸؛ نائینی، اجود التقریرات، ۱۳۰/۴؛ خونی، مصباح الاصول، ۱۶۷/۳؛ سنقر، معجم الاصولی، ۲۵۹/۱.

۱۴. «المباحث المتعلقة بالاستصحاب و سایر الاصول العملیه... و لو لم یکن الاستصحاب المثبت للآثر المترتب علی واسطه غیر شرعیّه حجه، فعدم حجیة مثبتات سائر الاصول یكون بالأولویه» (جزایری، منتهی الدراية، ۵/۹).

ب. مثبت در لغت و اصطلاح: مثبت از کلمه «ثبت» به معنای دوام و استقرار اخذ شده است.^{۱۵} معنای اصطلاحی مثبت هماهنگ با معنای لغوی آن است و منظور از آن در مسئله مورد بحث لوازمی است که دائمی و مستقرند که از آن به لوازم عقلی و عادی مستصحب تعبیر می‌شود. خلاصه اینکه مراد از اصل مثبت در اصطلاح، لوازم عقلی و عادی مستصحب است.^{۱۶}

باید متذکر شد شیخ «مثبت» را اعم از لوازم عقلی و عادی تفسیر می‌کند و می‌فرماید: «فالمجموع فی زمان الشک هی لوازمه الشرعیه دون العقلیه و العادیه و دون ملزومه شرعياً کان او غیره»؛^{۱۷} آنچه در زمان شک و در باب استصحاب جعل می‌شود لوازم شرعی است (یعنی از مفاد اخبار این مطلب معلوم می‌شود که مجموع در زمان شک فقط شامل لوازم شرعی مستصحب می‌شود) نه لوازم عقلی و عادی و حتی اگر آن لوازم عقلی و عادی دارای اثر شرعی نیز باشند، جاری نخواهند شد.

۲. بررسی دلالت روایت بر اصل مثبت

«قلت له: الرجل ینام و هو علی وضوء اتوجب الخفقه و الخفتان علیه الوضوء؛ فقال یا زرارہ قد تمام العین و لا ینام القلب و الاذن فإذا نامت العین و الاذن و القلب فقد وجب الوضوء قلت فإن حرك الی جنبه شیء و لم یعلم به، قال لا، حتی یستیقن انه قد نام حتی یجیی من ذلک امر بین، و الا فإنه علی یقین من وضوئه، و لا ینقض الیقین ابدأ بالشک و لكن ینقضه بیقین آخر».^{۱۸}

تقریر استفاده لوازم عقلی و عادی استصحاب از این روایت، در ضمن نقد تفصیل شیخ انصاری و جواب آخوند خراسانی به ایشان سامان می‌یابد و توجه به آن موجب سؤال سوم این تحقیق مبنی بر برخورد متناقض اصولیان نیز خواهد بود. بیان مطلب: شیخ بر این باور است که اخبار استصحاب و ازجمله این روایت فقط شک در رافع را به اثبات می‌رساند و چون همه روایات درباره رافع وارد شده است، شامل شک در مقتضی نمی‌شود.^{۱۹}

۱۵. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۱۷۵؛ فیومی، مصباح المنیر، ۱/۱۱۰.

۱۶. عراقی، نهاية الافکار، ۴/۱۸۷.

۱۷. انصاری، فرائد الاصول، ۲/۶۵۹.

۱۸. از امام صادق درباره فردی که دارای طهارت است و سپس می‌خوابد و یک چرت تا دو چرت بر او عارض می‌شود سؤال شد که آیا طهارت او باطل شده است یا نه؟ حضرت در جواب می‌فرمایند: «در برخی مواقع چشم می‌خوابد لکن قلب و گوش به خواب نمی‌روند و هر زمانی که چشم، گوش و قلب به خواب رفت، وضو واجب خواهد شد.» در ادامه از حضرت سؤال می‌شود اگر در نزدیک آن فرد، شینی تکان داده شود و او متوجه نشود، آیا وضو واجب می‌شود یا نه؟ حضرت پاسخ دادند: «خیر، وضو باطل نمی‌شود تا زمانی که یقین حاصل شود او خوابیده است و نشانه آشکار بر خوابیدن او حاصل شود، وگرنه آن فرد هنوز بر وضو باقی هست و هرگز نباید یقین به وسیله وضو نقض شود، بلکه یقین باید به وسیله یقین مورد نقض قرار گیرد» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱/۱۷۴، ۱۷۵).

۱۹. انصاری، فرائد الاصول، ۲/۵۵۸ و ۵۶۱.

آخوند در نقد شیخ می‌گوید: روایت فوق هم شک در رافعیّت را در بر می‌گیرد و هم شک در مقتضی را؛ زیرا عبارت «فانه علی یقین» در تعلیل ظهور دارد^{۲۰} و از آنجا که علت تخصیص و تعمیم را به همراه دارد، عدم نقض یقین با شک هم شامل «مقتضی» می‌شود و هم «رافع». به بیان دیگر، عبارت «فانه علی یقین» این مطلب را می‌رساند که آنچه در استصحاب ملاک عمل واقع می‌شود یقین و قدرت اثر آن است، نه شک و میزان تأثیرش؛ چرا که یقین دارای حالت استحکام است، اما شک حالت ضعف و سستی دارد، لذا آنچه شرعاً معتبر است یقین است نه شک.

حال همین تقریر آخوند درباره‌ی لوازم عقلی نیز جریان دارد، پس باید لوازم عقلی و عادی متصف به حجیت شوند؛ زیرا وقتی ملاک عمل یقین باشد، تفاوتی ندارد که یقین لوازم مستقیم مستصحاب را اثبات کند یا لوازم غیر مستقیم آن را؛ چرا که شارع در این گونه موارد (یعنی هنگام بروز شک) آن را به طور مطلق حجت قرار داده است. این اطلاق و شمول از ظاهر عبارت «فانه علی یقین» بر می‌آید که اشاره شد ظهور در علیت دارد^{۲۱} و افاده عموم و شمول می‌کند؛ یعنی شارع یقین را در هر حال حجت دانسته و به آن اعتبار شرعی بخشیده است، به این معنا که ملاک یقین است و این یقین با عروض شک، به وسیله لوازم شرعی (مثل شک در ایجاد نوم یا ریح) یا لوازم عقلی (مثل شک در بودن مانع بر بدن)^{۲۲} از بین نمی‌رود. پس، بعد از حکم به بقای یقین اثبات می‌شود که آثار یقین شامل لوازم غیر شرعی نیز می‌شود؛ همان طور که برخی همچون آخوند در حاشیه بر رسائل به ترتب آثار شرعی با واسطه عقلی و عادی قائل شده‌اند.^{۲۳} اما این اصولی شهر در کتاب کفایه به مطلبی که خود در حاشیه بر رسائل - مبنی بر ظهور عبارت «فانه علی یقین» در تعلیل و در نتیجه، تعمیم و تخصیص آن - بیان کرده، پایبند نیست و می‌گوید: در روایات باب استصحاب سه احتمال مطرح است که روایات فقط بر یکی از آن سه، یعنی آثار بدون واسطه شرعی، دلالت می‌کند.^{۲۴} آخوند که گفته است: عبارت «فانه علی یقین» ظهور در تعلیل دارد و خاصیت تعلیل، تعمیم و تخصیص است و به همین دلیل، روایت خواب و خفقه شامل شک در مقتضی می‌شود، باید همین مطلب را درباره‌ی لوازم عقلی و عادی نیز مطرح می‌کرد و می‌گفت که عبارت فوق ظهور در تعمیم دارد و

۲۰. «اذ کلمة 'فانه' ظاهرة في التعليل» (آخوند خراسانی، در الفوائد فی حاشیه علی الفرائد، ۳۰۳).

۲۱. «اذ کلمة فانه ظاهرة في التعليل». آخوند خراسانی، در الفوائد فی حاشیه علی الفرائد، ۳۰۳.

۲۲. آخوند شک در وجود مانع بودن بر دست - که ثبوت طهارت بعد از رؤیت مانع بر دست مستلزم اصل مثبت است - را پذیرفته است: «لا يخفى أن الحدوث إن كان عبارة عن نفس ذلك الوجود الخاص أي المسيقو بالعدم، فأصالة عدم وجود الشيء قبل زمان علم بوجوده فيه لا يثبت حدوثه فيه إلا على القول بالأصل المثبت مطلقاً أو في مثله بدعوى ثبوت الملازمة بين تنزيلهما كما عرفت... أن الأصل فيما أخذ في موضوع الحكم شرطاً أو شرطاً ليس بمثبت». آخوند خراسانی، در الفوائد فی حاشیه علی الفرائد، ۳۶۱.

۲۳. علیدوست، فقه و عرف، ۲۹۳، پاورقی.

۲۴. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۴۱۴، ۴۱۵.

علاوه بر لوازم شرعی، شامل لوازم عقلی و عادی را نیز می‌شود، حال آنکه سخنی از تعمیم راجع به لوازم عقلی و عادی مطرح نکرده است.

ذکر این نکته لازم است که منظور از ترتب آثار یقین، ترتب آثار یقین بر متیقن سابق است، نه هر یقینی؛ لذا شامل لوازمی نمی‌شود که بعداً کشف می‌شود و حالت سابقه ندارد. در این قسمت نیز آثار یقین بر متیقن سابق مترتب شده است.

افزون بر این می‌توان ادعا کرد خود وصف «یقین» و «شک» در روایات، طریقی برای اشاره به «متیقن» و «مشکوک» است؛ یعنی هر چند در خود خطاب شرع، یقین و شک ذکر شده است اما موضوع اصلی خطاب، همان متیقن و مشکوک است؛ یعنی یقین و شک، موضوع دخیل در حکم نیست؛ بلکه معروض حکم، همان متیقن و مشکوک است. با پذیرش چنین معنایی، گستره استصحاب وسعت می‌یابد. برای مثال، بین این دو تفاوتی وجود ندارد: ۱. شخصی یقین به حدث دارد، سپس غافل می‌شود و نماز می‌خواند و بعد از نماز شک می‌کند که آیا وضو گرفته است یا نه؛ ۲. شخصی یقین به حدث دارد و سپس شک می‌کند که آیا وضو گرفته یا نه و بعد از چنین شک، غافل می‌شود و نماز می‌خواند. در اینجا اگر مراد از یقین متیقن باشد، بین دو صورت فوق تفاوتی وجود نخواهد داشت و در هر دو استصحاب حدث جاری می‌شود و راهی برای قاعده فراغ وجود نخواهد داشت؛ زیرا عبارت «لا تنقض الیقین...» از دیگر عباراتی که تکالیف شرعی را اثبات می‌کند ضعیف‌تر نیست، لذا همان‌طور که سایر خطابات شرعی شامل شخص غافل می‌شود و صدق عنوان «فوت» را برای شخصی که به دلیل غفلت نماز را ترک کرده است به ارمغان می‌آورد، عبارت «إقض» نیز در مسئله مورد بحث همین اثر را برای شخص غافل بعد از رفع غفلتش به اثبات می‌رساند.^{۲۵}

حال اگر منظور از یقین و شک، متیقن و مشکوک باشد، می‌توان ادعا کرد مطالب گذشته -یعنی برداشت لوازم عقلی و عادی- راحت‌تر استنتاج‌یافتنی است؛ زیرا اگر مراد از یقین، متیقن باشد، همان‌طور که شیخ انصاری می‌گوید،^{۲۶} دایره گستردگی استصحاب بیشتر می‌شود و چون دارای حالت استمرار است^{۲۷} این استمرار در لوازم آن نیز جریان خواهد یافت. اگر مراد از یقین در روایات خود یقین باشد، همان‌طور که از عبارات محقق اصفهانی استفاده می‌شود،^{۲۸} باز لوازم استصحاب به‌طور اولویت باید

۲۵. ایروانی، الاصول فی علم الاصول، ۳۵۹ و ۳۶۰.

۲۶. انصاری، فوائد الاصول، ۶۵۹/۲؛ آشتیانی، بحر الفوائد، ۳۰۵/۷.

۲۷. ایروانی، الاصول فی علم الاصول، ۳۶۰.

۲۸. «لا تنقض الیقین بالشک فانه يستكشف منه أنّ الیقین السابق فی اعتبار الشارع محقق فی اللاحق» (اصفهانی، نهاية الدراية، ۱۹۲/۵).

پذیرفته شود. محقق اصفهانی در فرق میان امارات و اصول عملیه می‌گوید: مطالبی که برای اعتبار لوازم امارات مطرح می‌شود، به طریق اولی در استصحاب جریان دارد. توضیح اینکه اعتبار «هوهویت» در طریق، همان‌طور که از عباراتی همچون «صَدَّقَهُ»^{۲۹} و «لَا تَنْقُضُ الْيَقِينَ»^{۳۰} در قول معصوم نیز کشف می‌شود؛ به این بیان و تقریب که وقتی شارع امر به پذیرش صدق مخبر می‌کند، از این عبارت شارع، مکلف علم پیدا می‌کند که آنچه از خبر به وسیله اعتبار شارع حاصل می‌شود، همان علم به واقع است. حال، عین همین مطلب را از عبارت «لَا تَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ» نیز می‌توان استنتاج کرد؛ یعنی مکلف از این عبارت کشف می‌کند که در اعتبار شارع، یقین سابق در لاحق (یعنی بعد از شک) نیز محقق است و یقین اعتباری به وسیله شک نقض نمی‌شود، بلکه باید گفت استصحاب در این مطالب اولی از امارات است، زیرا نقض یقین در عبارت «لَا تَنْقُضُ الْيَقِينَ» در نقض نفس یقین ظهور دارد (یعنی شارع مقدس آن یقین سابق را، که به سبب عروض شک به ظن تبدیل شده است، به وسیله جری عملی نفس یقین به حساب آورده است) و حال آنکه، ارجاع تصدیق - یعنی ادله امارات - که در باب امارات مثل حجیت قول عادل مطرح است ظهور در اعتقاد و تصدیق خارجی دارد، نه یقین.^{۳۱}

آخرین نکته درخصوص روایت اول این است که مشهور اصولیان با توجه به این قبیل روایات معتقدند علت حجیت مثبتات امارات و عدم حجیت مثبتات اصول فرق میان آن دو است؛ به این صورت که جهل به واقع و شک در آن، در موضوع اصول عملیه اخذ شده، اما در موضوع امارات اخذ نشده است و این بدان معناست که اصول عملیه در طول واقع متصور می‌شوند و شک و جهل به واقع، در موضوع آن‌ها اخذ شده است و به همین دلیل مثبتاتشان برخلاف امارات حجت نیستند؛ برای مثال، در همین روایت اول مکلف درباره حدوث خواب (چه به لحاظ شبهه مصداقیه و چه به لحاظ شبهه مفهومیه) جهل یا شک دارد؛ به دیگر بیان، موضوع اصل در این مورد، جهل یا شک است اما موضوع مأخوذ در لسان ادله حجیت امارات، ذات موضوع است و مقید به جهل و شک نیست؛ مثلاً در آیه نَبَأَ که می‌فرماید: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا»،^{۳۲} موضوع حجیت - بر فرض که جمله فوق مفهوم داشته باشد - خبر آوردن غیر فاسق است بدون اینکه جهل یا شک در آن موضوع اعتبار شده باشد. یا برای مثال، در روایت «لَا عَذْرَ لَاحِدٍ فِي التَّشْكِيكِ فِيمَا يَرَوِيهِ ثِقَاتُنَا»^{۳۳} موضوع حجیت، روایت ثقة است، بدون اینکه این موضوع به امر دیگری مقید باشد، و به همین

۲۹. از ادله امارات است.

۳۰. از ادله اعتبار اصول است

۳۱. اصفهانی، نهاية الدراية، ۱۹۲/۵.

۳۲. اگر فاسق برای شما خبر آورد. حجرات: ۶.

۳۳. «هیچ‌کسی نباید در آنچه ثقات ما نقل می‌کنند تشکیک کند» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۰۸/۱۸).

دلیل لوازمشان حجت‌اند. به عبارت واضح‌تر، از آنجاکه تعبد به امارات در ظرف علم به واقع امکان‌پذیر نیست، به ناچار حجیت امارات در ظرف شک خواهد بود،^{۳۴} که مورد آن جهل است، لکن موضوع آن‌ها از ناحیه علم و جهل در مقام اثبات و دلیل، مهمل است؛ یعنی علم و جهل در هنگام جعل دخالت ندارد^{۳۵} اما در اصول عملیه مطلب این‌گونه نیست و آن‌ها در طول واقع متصور می‌شوند و شک و جهل به واقع، در موضوع آن‌ها اخذ شده است.

مجال وسیعی برای مناقشه در این وجه تمایز وجود دارد؛ به این دلیل که علم‌نداشتن مکلف به حکم واقعی در موضوع اصول عملیه و امارات، مسلّم و مسجل است؛ زیرا در محل خودش اثبات شده است که اهمال حکم‌کننده ملتفت، به حسب مقام ثبوت نامعقول است. بنابراین، بنیان حجیت امارات یا نسبت به عالم و جاهل مطلق است یا مقید به عالم است یا اینکه مختص به جاهل است و از آنجاکه مجالی برای ملتزم‌شدن به مورد اول و دوم وجود ندارد (چراکه معقول نیست گفته شود عمل کردن به اماره بر عالم به واقع واجب است، زیرا نمی‌توان پذیرفت بر عالم به وجوب شیء واجب باشد به اماره‌ای عمل کند که بر عدم وجوب آن شیء دلالت می‌کند)، به ناچار وجه اخیر که همان عمل کردن به اماره مختص جاهل باشد، باقی می‌ماند و این همان مطلوب است. بنابراین دلیل حجیت در مقام اثبات اگرچه مقید به جهل نیست، به جز اینکه حجیت به حسب لب و مقام ثبوت مقید به جهل هست. افزون بر این می‌توان گفت در مقام اثبات نیز دلیل حجیت در لسان بعضی از ادله، مقید به جهل است؛ مانند آیه سؤال که می‌فرماید: «فَأَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ»^{۳۶} همان‌طور که در محل خود اثبات شده است به این آیه هم برای حجیت خبر استناد شده است و هم برای حجیت فتوای مفتی و هر دو از امارات محسوب می‌شوند و مانند اصول عملیه مقید به عدم علم به واقع هستند، لذا از این رو فرقی میان امارات و اصول عملیه وجود ندارد. بنابراین آنچه مشهور اصولیان نقل کرده‌اند که جهل به واقع مورد برای عمل به اماره و موضوع برای عمل به اصول است، اساسی ندارد.^{۳۷} خلاصه اینکه این وجه تفاوت که در مرحله واقع و ثبوت است، وجیه نیست؛ بلکه فرق امارات و اصول را باید در ناحیه اثبات و دلالت جست‌وجو کرد^{۳۸} که در ادامه بیشتر به این مطلب می‌پردازیم.^{۳۹}

۳۴. نائینی، اجود التقریرات، ۱۲۹/۴.

۳۵. خونی، مصباح الاصول، ۱۶۸/۳.

نکته: محقق خونی با مبنای مشهور در فرق بین «امارات و اصول» می‌گوید: جهل به واقع و شک در آن، در موضوع اصول اخذ شده است ولی در موضوع امارات، جهل و شک اخذ نشده است، مخالف است و تصریح می‌کند: امارات و اصول از این نظر با یکدیگر تفاوتی ندارند. نک: «فلا فرق بین الامارات و اصول من هذه الجهة». خونی، مصباح الاصول، ۱۶۷/۳ و ۱۶۸.

۳۶. اگر نمی‌دانید از اهل علم سؤال کنید. نحل: ۴۳؛ انبیا: ۷.

۳۷. خونی، مصباح الاصول، ۱۶۸/۳.

۳۸. صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۵۲/۴.

۲. عنه عن حماد عن حریر عن زرارہ قال قلت لاصاب ثوبی دم رعا ف او غیره او شیء من منی، فعلمت اثره الی ان اصیب له من الماء فاصبت و حضرت الصلاة و نسیت ان ثوبی شیناً و صلیت ثم انی ذکرک بعد ذلک، قال تعید الصلاة و تغسله، قلت فانی لم اکن رأیت موضعه و علمت انه قد اصابه فطلبتہ فلم اقدر علیه، فلما صلیت وجدته، قال تغسله و تعید، قلت فإن ظننت انه قد اصابه و لم ایتقن ذلک، فنظرت فلم أر شیناً ثم صلیت فرأیت فیہ، قال تغسله و لا یعید الصلاة قلت لم ذلک، قال: لانک کنت علی یقین من طهارتک، ثم شککت فلیس ینبغی لک ان تنقص الیقین بالشک ابداً، قلت فانی قد علمت انه قد اصابه فلم ادر این هو فأغسله؟ قال تغسل من ثوبک الناحیه الی تری انه قد اصابها حتی تكون علی یقین من طهارتک، فهل علی ان شککت فی انه اصابه شیء ان انظر فیہ، قال لا و لکنک ائماً ترید ان تذهب الشک الذی وقع فی نفسک، قلت ان رأیتہ فی ثوبی و انا فی الصلاة، قال تنقص الصلاة و تعید اذا شککت فی موضع منه ثم رأیتہ و ان لم تشک ثم رأیتہ ربطاً قطعت الصلاة و غسلته ثم بنیت علی الصلاة لانک لا تدری لعه اوقع علیک فلیس ینبغی ان تنقص الیقین بالشک.^{۴۰}

۳۹. ممکن است اشکال شود که مطلب یادشده خارج از محل بحث، یعنی تحلیل روایات، است. بحث ارائه شده خارج از بحث نیست؛ زیرا اشکال فوق باتوجه به روایت اول تقریر شد و فرق بین امارات و اصول در آن اشاره شد و چون اشکال وارد مرحله ثبوت شد، جواب آن نیز در مرحله ثبوت تقریر شد. مرحله ثبوت به فرق های میان اصول و امارات اشاره دارد. اصولیان از جهات مختلف متذکر فرق میان اصول و امارات شده اند؛ «فرق موضوعی»، «فرق مجعولی»، «فرق جوهری» و «فرق از ناحیه ادله» فرق هایی است که اصولیان مطرح کرده اند (نائینی، اجود التفویضات، ۱۲۹/۴، ۱۳۰؛ خونی، مصباح الاصول، ۱۶۷/۳). سه فرق اول در مرحله ثبوت قرار دارند و فرق چهارم، یعنی روایات، در مرحله اثبات است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۱۷۵/۶، ۱۸۱؛ همو، مباحث الاصول، ۲۵/۳).

۴۰. راوی می گوید: «به لباس مقداری خون دماغ یا خون زخم یا مقداری از منی اصابت کرد و موضع نجاست را علامت گذاری کردم تا وقتی به آب دسترسی پیدا کردم آن را تطهیر کنم، لکن وقت نماز داخل شد و فراموش کردم لباس نجس است و نماز خواندم و بعد از نماز متوجه شدم که لباس نجس بوده است. [حکم این مسئله چیست؟] حضرت فرمودند: «واجب است نماز اعاده شود و لباس نیز تطهیر شود.» راوی [در مرحله دوم] پرسید: «اگر [به صورت اجمالی] بدانم که خون به لباس اصابت کرده است لکن موضع نجاست را مشاهده نکنم و بررسی کنم و نجاست را نیابم و نماز بخوانم و سپس بعد از نماز خون را بیابم، حکم این مسئله چیست؟» حضرت فرمودند: «باید موضع نجاست لباس تطهیر شود و نماز نیز اعاده شود.» [راوی در سؤال سوم] پرسید: «اگر گمان پیدا کنم که خون به لباس اصابت کرده است، ولی یقین نداشته باشم و سپس لباس را بررسی کنم و چیزی از نجاست مشاهده نکنم و نماز بخوانم و بعد از نماز خون را مشاهده کنم، حکم مسئله چیست؟» حضرت فرمودند: «موضع نجاست لباس باید تطهیر شود، اما نیازی به اعاده نماز نیست.» راوی در سؤال چهارم وجه این حکم [لزوم تطهیر لباس و عدم اعاده نماز] را از امام می پرسد و حضرت در جواب می فرمایند: «زیرا تو یقین به طهارت لباس داشتی و سپس شک در طهارت لباس برای تو حاصل شد [و بررسی کردی نجاست برای تو معلوم نشد]، لذا نباید یقین به طهارت به وسیله شک نقض شود.» راوی دوباره در سؤال پنجم از امام می پرسد: «[به صورت اجمالی] می دانم که لباس نجس شده است، لکن موضع نجاست لباس معلوم نیست. آیا باید همه لباس تطهیر شود؟» حضرت فرمودند: «آن قسمت از لباس را که مشاهده کردی نجاست اصابت کرده است تطهیر کن تا یقین به طهارت لباس حاصل شود.» راوی در سؤال ششم از حضرت می پرسد: «اگر شک کنم که آیا نجاست به لباس اصابت کرده است یا نه، آیا لازم است نجاست را جستجو کنم؟» حضرت فرمودند: «خیر، اما اگر مایلی که شکت برطرف شود، منعی ندارد.» راوی در سؤال هفتم از امام می پرسد: «اگر در اثنای نماز در لباس خون ببینم، وظیفه چیست؟» حضرت فرمودند: «چنانچه قبل از نماز شک به اصابت نجاست داشتی [و وارد نماز شدی] و سپس نجاست را مشاهده کردی، باید نماز شکسته شود و سپس اعاده شود؛ اما اگر شک به اصابت نجاست نداشتی [یعنی قبل از ورود به نماز یقین به طهارت وجود داشت] و در اثنای نماز نجاست را مشاهده کردی، نماز را قطع کن و موضع نجاست را تطهیر نما و سپس نماز را ادامه بده [به شرط اینکه فعل کثیر حاصل نشود]؛ زیرا تو یقین به نجاست نداشتی و شاید در اثنای نماز نجاست به لباس اصابت کرده باشد و شایسته نیست که یقین با شک نقض شود» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۶۲۶۵؛ طوسی، الاستبصار، ۲۴۳۶/۱).

اثبات حجیت و اعتبار لوازم عقلی و عادی از روایت فوق در ضمن دو نکته تقریر می‌شود:

اول: مکلف که ظن به اصابت یافته اما یقین به نجاست برایش حاصل نشده، یک حکم ظاهری راجع به طهارت برای او جعل می‌شود. در مبحث «اجزاء» ثابت شده است که امر ظاهری از امر واقعی کفایت می‌کند، پس عدم اعاده نماز با واسطه امر ظاهری به دست می‌آید و این همان اصل مثبت است که حکم شرعی از آن استنتاج می‌شود، یعنی عدم اعاده با یک واسطه، که همان کفایت کردن امر ظاهری از واقعی است.

در این خصوص ممکن است دو اشکال وارد شود:

اشکال اول: این مطلب ربطی به مثبتات اصول ندارد و در این مسئله ادله خاص خود، که همان اجزاء باشد، جریان یافته است، نه اینکه اصل مثبت جاری شده باشد. به عبارت واضح‌تر، آثار بدون واسطه استصحاب جریان یافته است، لکن این چنین نیست و در این مجال اصل مثبت محقق است و شیخ اعظم تصریح می‌کند پذیرفتن اجزاء امر ظاهری از امر واقعی در این حدیث محذور اصل مثبت را به همراه دارد.^{۴۱} تقریر جریان اصل مثبت در این مجال به این صورت است: تا زمانی که طهارت باقی است آثار شرعی و عقلی آن مترتب می‌شود؛ به این صورت که طهارت دارای دو اثر شرعی و عقلی است، اثر شرعی آن «جواز دخول در نماز» است و اثر عقلی آن «صحت و عدم اعاده نماز» به شمار می‌رود؛ اثر دوم (یعنی اثر عقلی) بعد از مطابقت مآتی^{۴۲} به با مأمور^{۴۳} به مترتب می‌شود و عقل بدان حاکم است. این دو اثر، در هر عملی جاری است و محذور اصل مثبت را به همراه ندارد؛ لکن وقتی مسئله محل شک قرار می‌گیرد و در طهارت شک ایجاد می‌شود، تنزیل شارع فقط در آثار شرعی که همان «صحت دخول در نماز» باشد جاری است، اما آثار عقلی که عدم اعاده نماز است جاری نیست؛ زیرا عدم اعاده به سبب عقل که همان اجزاء امر ظاهری از واقعی در موارد شک است حاصل می‌شود و چنین امری یعنی همان اصل مثبت.^{۴۲} به همین دلیل برخی از شارحان فرائد الاصول می‌فرمایند: در حقیقت این صبیحه دلیل بر اعتبار اصول مثبت محسوب می‌شود، زیرا وجوب اعاده (آثار عقلی) به عدم جواز نقض یقین به شک معلل شده است.^{۴۳}

اشکال دوم: بحث راجع به اجزا نیست، بلکه درباره این است که شارع مجوز دخول در نماز با طهارت مستفاد از استصحاب را داده است؟

برای پاسخ به سؤال ابتدا باید اثبات شود در این مسئله مبحث اجزاء جریان دارد و سپس لازمه آن

۴۱. انصاری، فرائد الاصول، ۵۶۶/۲.

۴۲. اعتمادی، شرح رسائل، ۶۱/۳.

۴۳. تبریزی، اوفق الوسائل، ۱۲۸/۵.

(یعنی اجزاء) با اصل مثبت تقریر شود. مورد اول در جواب اشکال اول روشن شد، افزون بر اینکه توجه به مسئله نشان دهنده جریان اجزاء در این روایت است؛ همچنان که شارحان رسائل^{۴۴} و کفایه^{۴۵} به این مطلب تصریح کرده اند.

باتوجه به مطلب فوق باید به رابطه آن با اصل مثبت اشاره شود؛ شیخ^{۴۶} و شارحان دیدگاه ایشان مثل محقق آشتیانی^{۴۷} برای اصل مثبت بودن این مطلب می فرمایند: مجزی بودن عمل از آثار عقلی نماز است، نه از آثار شرعی؛ زیرا اقتضای امثال هر امری حتی از امر خودش یا امثال امر ظاهری از واقعی از جمله آثار عقلی محسوب می شود و شارع نیز این آثار را پذیرفته است و حکم به صحت می کند، لکن بحث در این است که در این مجال (یعنی در روایت دوم) چنین آثاری با استصحاب اثبات نمی شود، زیرا محذور اصل مثبت را به همراه دارد.

دوم: بر آشنایان با دانش فقه الحدیث مبرهن است چنانچه روایتی توجیه پذیر باشد، باید آن را توجیه کرد نه اینکه آن را از دلالت ساقط کرد؛ به عبارت واضح تر اگر روایتی با برخی مبانی سازگار نباشد اما بتوان آن را بر معنای قابل فهمی - که با روش متداول در استنباط احکام شرعی مخالف نباشد - تفسیر کرد، باید آن را توجیه کرد نه اینکه به دلیل سازگار نبودن با آن مبنا، حجیت آن را منکر شد.^{۴۸}

حال در مسئله مورد بحث مطلب همین گونه است؛ یعنی شیخ انصاری به دلیل اشکال نقض یقین، به یقین قائل اند این فقره برای حجیت استصحاب مفید نیست و توجیه مطرح شده به سبب حکم ظاهری را به دلیل مخالف بودن با ظهور روایت نمی پذیرند و حال آنکه می توان با مطرح کردن حکم ظاهری این روایت را توجیه کرد و حجیت آن را در استصحاب را پذیرفت. همچنین اشاره شد چنانچه در حدیثی امر دایر مدار بین سقوط اعتبار آن روایت و توجیهش باشد، باید آن را توجیه کرد.

باتوجه به این مطالب، سؤال این است کدام یک از این دو نحوه برخورد با این فقره بیشتر با ظاهر روایت سازگار است؟ ۱. این فقره به کلی برای اثبات استصحاب عقیم است؛ ۲. این فقره مطلقاً دال بر حجیت استصحاب است.^{۴۹}

باتوجه به مطالب ارائه شده و توجه به مطلب اخیر باید در پاسخ به پرسش یاد شده گفت: مورد دوم

۴۴. تبریزی، اوثق الوسائل، ۱۲۶/۵.

۴۵. جزایری، منتهی الدرایة، ۱۸۷/۸.

۴۶. انصاری، فراند الاصول، ۵۶۶/۲.

۴۷. آشتیانی، بحر الفوائد، ۳۷۵/۶.

۴۸. جوادی آملی، تقریرات درس خارج فقه، ۱۴ اسفند ۱۳۹۶.

۴۹. ایروانی، الاصول فی علم الاصول، ۳۶۹؛ حسینی فیروزآبادی، عناية الاصول، ۵۸/۳؛ مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۲۹۴/۳.

صحیح است و نتیجه مورد دوم این است که لوازم عقلی و عادی استصحاب پذیرفته شود که تقریر آن در مباحث قبل در ضمن اشکال اول و دوم پاسخ داده شد.

به عبارت دیگر، اگر اصل مثبت حجت نیست، چرا آخوند به وسیله اجزاء امر ظاهری، که به تصریح شیخ لوازم عقلی به همراه دارد،^{۵۰} حجیت استصحاب را پذیرفته و از اشکال نقض یقین، به یقین رهایی جسته است؟!^{۵۱}

۳. حماد بن عیسی عن حریر عن زرارہ عن اchiedهما (ع) قال قلت له من لم یدر فی اربع هوام فی ثنتین و قد احرز الثنتین قال یرکم رکعتین و اربع سجعات و هو قائم بفاتحة الكتاب و یتشهد اشیء علیه و إذا لم یدر فی ثلاث هو أو فی اربع و قد احرز الثلاث قام فأضاف إليها أخرى و لا شیء علیه و لا ینقض الیقن بالشک و لا یدخل الشک فی الیقین و لا یختلط أحدهما بالآخر و لکنه ینقض الشک بالیقین و یتّم علی الیقین فیینی علیه و لا یعتدّ بالشک فی حال من الحالات.^{۵۲}

تقریر روایت فوق از دو جهت درخور اهمیت است: اول از جهت اعتبار اصل مثبت و دوم از جهت بیان محقق عراقی مبنی بر «وضوح این روایت در اعتبار اصل مثبت».

جهت اول: این روایت زرارہ نیز مفید اصل مثبت است و لوازم عقلی و عادی را به اثبات می‌رساند؛ زیرا زمانی که مکلف میان سه و چهار شک می‌کند و بنا را بر اکثر می‌گذارد و جانب چهار را اخذ می‌کند - و می‌گوید نباید یقین رکعت سوم را با شک در رکعت چهارم نقض کرد و از این رو یک رکعت دیگر به صورت انفصالی و احتیاطی به آن اضافه می‌کند - این اخذ جانب رکعت چهار، علاوه بر اثبات خودش، اثبات رکوع و سجود را نیز به همراه دارد؛ یعنی با اثبات رکعت چهارم، مقدمات آن، که همان رکوع و سجود باشد،^{۵۳} نیز اثبات می‌شود و چنین موردی همان اصل مثبت است.

ممکن است اشکال شود اگر چنین موردی اصل مثبت است باید سرتاسر اصول عملیه محذور اصل

۵۰. انصاری، فوائد الاصول، ۵۶۶/۲.

۵۱. جزایری و فیروزآبادی تصریح می‌کنند آخوند به سبب التزام به اجزاء امر ظاهری، از اشکال نقض یقین به یقین نقضی جسته است. نص عبارت جزایری این چنین است: «لا تخفی انه قد نقضی عن هذا الاشکال بالالتزام باجزاء امر الظاهری» (جزایری، منتهی الدرایة، ۱۷۵/۸). فیروزآبادی نیز می‌گوید: «و یأتی الاشارة من المصنف الی احتمال کون التعلیل بملاحظة اقتضاء الامر الظاهری الاجزاء» (حسینی فیروزآبادی، عنایة الاصول، ۶۴/۵).

۵۲. از امام صادق (ع) درباره فردی که اقامه دو رکعت نماز برای او محرز است اما نمی‌داند در رکعت چهارم است یا دوم، سؤال شد که وظیفه او چیست؟ حضرت فرمودند: «بنا را بر چهار قرار دهد و سپس دو رکعت نماز احتیاط به صورت ایستاده بخواند. اگر آن فرد نمی‌داند در رکعت سوم است یا چهارم (یعنی شک بین سه و چهار باشد) - در صورتی که اقامه سه رکعت برای او محرز باشد - باید بنا را بر چهار گذاشته و سلام نماز را بدهد و سپس یک رکعت نماز احتیاط اقامه کند و بر او عمل دیگری واجب نیست.» امام (ع) در ادامه با شش تعبیر، عبارت «و لا تنقض الیقین بالشک» را تأکید می‌کند (کلینی، فروع کافی، ۳۵۱/۳؛ طوسی، الاستبصار، ۱۶۸۲/۲).

۵۳. آخوند خراسانی رکوع و سجود را، به دلیل اینکه لایسرها از انضمام در نظر گرفته می‌شوند و تغایر اعتباری با ذی‌المقدمه دارند، مقدمه محسوب می‌کند (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۸۹، ۹۰).

مثبت خودنمایی کند؛ زیرا وقتی مکلف مثلاً در طهارت شک می‌کند و سپس آن را استصحاب می‌کند، نتیجه آن جواز نماز خواندن، رکوع، سجود و مانند آن است و طبق بیان فوق باید همه این موارد اصل مثبت محسوب شود و حال آنکه این چنین نیست. به عبارت دیگر، وقتی مرکبی مانند نماز متشکل از اجزایی است، اثبات مرکب و اثبات اجزای آن اصل مثبت محسوب نمی‌شود و اگر هم بشود از موارد خفی یا جلی است که استثنا شده است،^{۵۴} لیکن چنین مطلبی از عدم دقت در صورت فرض نشئت گرفته است. در مثال طهارت که در تقریر اشکال آورده شد همه لوازم شرعی و عقلی و عادی مستصحب جاری است، چون همه موارد یادشده در تقریر اشکال، یعنی «جواز دخول در نماز» و «صحت رکوع» و «صحت سجود» به صورت مستقیم بر مستصحب، یعنی طهارت، مترتب می‌شوند و چنین موردی اصل مثبت نیست. اما در مورد روایت سوم، لوازم یادشده، یعنی رکوع و سجود، به صورت مستقیم بر مستصحب، یعنی رکعات (رکعت دوم در مثال اول و رکعت سوم در مثال دوم)، مترتب نمی‌شوند، بلکه با واسطه بر آن مترتب می‌شوند؛ زیرا اول استصحاب می‌شود که مکلف در رکعت دوم (در مثال اول) یا در رکعت سوم (در مثال دوم) است و لازمه رکعت دوم و سوم بودن آن است که مکلف در رکعت بعدی نیست، چون این احتمال وجود دارد که مکلف در رکعت بعدی وارد شده باشد و لازمه رکعت بعدی نبودن آن است که بتواند رکوع و سجود را در نماز اتیان کند و جواز اتیان رکوع و سجود به صورت مستقیم بر مستصحب، که همان رکعات متیقن است، مترتب نشود و چنین امری همان اصل مثبت است.

گفتنی است اثبات جواز اتیان رکوع و سجود، لازمه‌های خفی و جلی، که مورد استثنای حجیت اصل مثبت است، محسوب نمی‌شود؛ زیرا مستصحبی شامل موارد استثنا قرار می‌گیرد که علت تامه یا جزء اخیر آن باشد یا از امور متضایف محسوب شود^{۵۵} و مسئله مورد بحث؛ یعنی جواز دخول در رکعات بعد، نه علت تامه است و نه نسبت به مورد خود متضایف محسوب می‌شود، لذا چنین موردی اصل مثبت است و چاره‌ای از پذیرش آن نیست.

جهت دوم: وضوح اثبات اصل مثبت به وسیله این روایت تاحدی است که بعضی از منکران اصل مثبت را به پذیرش آن در پاره‌ای از موارد واداشته است؛ مثلاً محقق عراقی، که خود منکر اصل مثبت است و همین مطلب را به عنوان یکی از محذورات^{۵۶} این روایت عنوان کرده است، بعد از توضیح اشکال - که به

۵۴. در باب اصل مثبت اگر واسطه خفی یا جلی باشد، معتبر است و از محذور مذکور در اصل مثبت مورد استثناست: «إلا فيما عد أثر الواسطة أثراً له لخبانها أو لشدّة وضوحها» (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۴۱۶).

۵۵. «أن يكون مورد التعبد الاستصحابی العلة التامة أو الجزء الاخير منها [و] أن يكون مورد التعبد الاستصحابی من الأمور المتضایفة» (جزایری، منتهی الدرایة، ۵۰/۹).

۵۶. محذور دیگری که محقق عراقی متذکر شده استصحاب فرد مرد است (نک: عراقی، نهاية الافکار، ۶۲/۴؛ صدر، بحوث فی علم الاصول، ۸۰/۶).

آن اشاره شد- می‌گوید: نهایت چیزی که در جواب این اشکال می‌توان گفت این است که اصل مثبت در این مورد خاص پذیرفته شود.^{۵۷}

مطلب پایانی برای تأیید اصل مثبت از این روایت -که یکی از بارزترین جلوه‌های آن است- توجه به شش تعبیر امام(ع) است: «و لا ینقض الیقین بالشک»، «و لا یدخل الشک فی الیقین»، «و لا یخلط احدهما بالآخر»، «و لکنه ینقض الشک بالیقین»، «و یتعمد الیقین فی الیقین»، «و لا یعتد بالشک فی حال من الحالات». آیا این تعابیر غلیظ و شدید امام، برای توجه دادن مخاطب به این نکته ظریف نیست که یقین بماهویقین حالتی دارد که نباید به هیچ وجه به وسیله شک مخدوش شود؟ اگر جواب مثبت است - چنان که در بیان محقق اصفهانی گفته شد لوازم یقین در عبارت «لا تنقض الیقین» اولی از دلیل امارات قابل استفاده است - عدم توجه به واسطه‌های عقلی نوعی مخالفت با آن تعابیر به شمار می‌آید؛ کما اینکه اصولیان برای تقریر اینکه برخی از روایات مفید استصحاب هست به همین گونه تعابیر تمسک کرده و روایات دیگر و نوع چینش کلمات در آن‌ها را، مؤید روایتی که در افاده استصحاب به وسیله آن ابهام وجود دارد، قلمداد کرده و ابهام را به وسیله همین گونه تعابیر برطرف می‌کند.^{۵۸}

نکته: منظور از رفع ابهام، همان اشکالاتی است که در خلال روایات مورد بحث قرار گرفت، مانند کفایت امر ظاهری از واقعی که آخوند مطرح کرده بودند یا مطالبی که در روایت سوم بحث شد.

۳. ثمرات اصل مثبت

ثمرات این پژوهش در دو ناحیه خلاصه می‌شود:

اول: تمام تحقیقاتی که در حوزه اصل مثبت انجام شده است، همگی به نوعی در طول این تحقیق قرار خواهند گرفت. توضیح اینکه واژه «اصل مثبت» جزء الفاظی نیست که در شرع مقدس آمده باشد و به اصطلاح حقیقت شرعی بودن درباره آن اصلاً معنا ندارد؛ زیرا واژه اصل مثبت در هیچ آیه قرآن یا روایت نیامده است؛ همچنین این واژه، جزء واژه‌هایی نیست که تشخیص ماهیت آن نیاز به لغت داشته باشد یا اینکه کارشناسی و تحلیل عرف از آن منجر به فهم ماهیت آن شود، بلکه هریک از اصولیانی که درباره آن سخن گفته‌اند یا محققانی که در خصوص آن قلم زده‌اند برداشت خود از روایات را مطرح کرده‌اند.^{۵۹} برای مثال، تحقیقی که در آن از آرای شیخ انصاری و اصولیان متأخر سخن به میان آمده و عدم اعتبار اصل مثبت

۵۷. «وقصاری ما یمکن أن یجاب به عن هذا الإشکال الالتزام بحجیة المثبت فی خصوص المقام (عراقی، نهاية الافکار، ۶۱/۴).

۵۸. انصاری، فوائد الاصول، ۵۶۴/۲؛ آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۴۴۲؛ حائری یزدی، درر الفوائد، ۵۳/۲.

۵۹. بله اگر کسی ملاک حجیت استصحاب را عقل بداند نه روایت، مثبتات اصول هم متصف به حجیت خواهد شد.

در اصل تأخر حادث و استصحاب عدم‌ازلی و مانند آن بررسی شده^{۶۰} متأثر از نگاه اصولیان به روایات وارد شده در این زمینه است. مقاله پژوهشی «بررسی اعتبار مثبتات ادله با رویکردی به نظر امام خمینی»، که تقریباً تمام دیدگاه‌های سابقان در آن نقد شده و تصریح شده که به واسطه امارات «علمیت»، «حجیت» و «مماثل» جعل نمی‌شود و فرق میان امارات و اصول سیره عقلاست،^{۶۱} نیز از این مقوله مستثنا نیست؛ زیرا هرچند امام خمینی دلیل حجیت امارات را بنای عقلا معرفی می‌کند و می‌گوید که اگر حجیت امارات تعبدی باشد مثبتات امارات نیز حجت نخواهند بود، در هر صورت برای اثبات عدم حجیت مثبتات اصول عملیه چاره‌ای جز رجوع به ادله استصحاب، که همان روایات است، وجود ندارد؛ آنچه این ادعا را به خوبی تقویت می‌کند نص عبارت خود امام خمینی است که برای اثبات دیدگاه بدیع خود می‌گوید: رجوع به روایات نشان‌دهنده آن است که سه مورد فوق -یعنی علمیت حجیت و حکم مماثل- جعل نشده است،^{۶۲} پس گریزی از رجوع به روایات وجود نخواهد داشت. فراتر از این، قداما که قائل بودند استصحاب افاده ظن می‌کند و به همین جهت مثبتات اصول عملیه را تلقی به قبول می‌کردند^{۶۳} به این دلیل بود که قائل اند روایات استصحاب افاده ظن می‌کند. دقت در سایر تحقیقات^{۶۴} نیز نشان‌دهنده مطلب پیش گفته است و نویسندگان در ارائه نظریات تصریح کرده‌اند که برداشت از روایات منجر به اتخاذ نظریات مطروحه شده است.

دوم: پذیرش لوازم اصول می‌تواند در برداشت‌های فقهی و اصولی نتایج بسیار متفاوتی را به ارمغان آورد که به چند نمونه اشاره می‌شود: ۱. استناد به استصحاب برای عدم وجوب اعاده؛^{۶۵} ۲. جریان اصل یا عدم جریان اصل در واجب اصلی و تبعی؛^{۶۶} ۳. اثبات تبادر در زمان حاضر، برای زمان سابق؛^{۶۷} ۴. اثبات ارث دو برادر از پدر هنگام مجهول بودن زمان فوت پدر؛^{۶۸} ۵. جریان یا عدم جریان «اصل عدم ازلی» در مخصص مجمل در مبحث عام و خاص.^{۶۹} در ادامه دو مورد اول تبیین می‌شود. وجه انحصار تبیین نمونه های ارائه شده در دو مورد اول و همچنین عدم تبیین سایر موارد، فقط رعایت اختصار است و نحوه جریان

۶۰. معزی نجف‌آبادی، نقیبی، «کاربرد اصل مثبت و کاربرد آن در اصول و فقه»، ۱۱۹.

۶۱. احمدی و همکاران، «بررسی اعتبار مثبتات ادله با رویکردی به نظر امام خمینی»، ۱۱۵ تا ۹۵.

۶۲. خمینی، تنقیح الاصول، ۱۱/۲.

۶۳. انصاری، فوائد الاصول، ۶۶۱/۲.

۶۴. مدرس، «عدم حجیت استصحاب در لوازم عقلیه»، شماره ۸۵؛ ناطقی، «بررسی مسئله حجیت و عدم حجیت اصل مثبت»، ۹۲ تا ۶۳؛ مصباح، حائری، الهی خراسانی، «پژوهشی در ماهیت اصل محرز با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر»، ۱۶۴ تا ۱۴۳.

۶۵. جزایری، منتهی الدرایه، ۱۰۲/۲؛ مهرکش، غایة السؤل، ۵۶۹/۱.

۶۶. مشکینی اردبیلی، کفایة الاصول محشی، ۵۹۶/۱؛ حسینی شیرازی، الوصول الی کفایة الاصول، ۱۴۰/۲.

۶۷. سبحانی، المصصول، ۱۲۵/۱؛ مهرکش، غایة السؤل، ۱۱۴/۱.

۶۸. علیدوست، فقه و عرف، ۲۹۲.

۶۹. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۲۲۳؛ مهرکش، غایة السؤل، ۷۷۳/۲.

اصل مثبت در دیگر نمونه‌ها را می‌توان در منابع ارجاع داده‌شده پی گرفت. شایان ذکر است تطبیقات مطرح شده فقط منحصر در موارد مذکور نیست و نمونه‌های متعددی در کتب فقهی و اصولی مذکور است.^{۷۰}

۴. استناد به استصحاب برای عدم وجوب اعاده

در فقه مسئله‌ای مفصل مطرح است مبنی بر اینکه هنگام کشف خلاف اماره و معلوم‌نشدن طریقت یا سببیت آن، آیا بر مکلف اعاده یا قضا واجب است یا نه؟ مدعی عدم وجوب اعاده استدلال می‌آورد که بعد از کشف خلاف، «عدم فعلیت تکلیف واقعی» استصحاب می‌شود، در نتیجه اعاده در وقت ساقط است و لازم نیست نماز در وقت اعاده شود. استدلال یادشده برای قائلان به اصل مثبت صحیح است، اما منکر اصل مثبت نمی‌تواند به این استصحاب عمل کند؛ زیرا از آنجاکه در محل مربوط ثابت شده است «قضا تابع امر جدید است»،^{۷۱} هنگام شک در اینکه اماره به صورت سببیت حجت است یا طریقت، در واقع در اصل تحقق امر جدید شک به وجود می‌آید (چراکه طبق فرض، قضا تابع امر جدید است)، لذا می‌توان برائت جاری کرد و عدم تکلیف را نتیجه گرفت، لکن چنین مطلبی همان اصل مثبت است؛ زیرا با اجرای اصل عدم، عنوان فوت صدق نمی‌کند و در نتیجه وجوب قضا ثابت نمی‌شود، مگر اینکه اصل مثبت حجت باشد.^{۷۲}

۵. جریان اصل یا عدم جریان اصل در واجب اصلی و تبعی

هنگام شک در اصلی یا تبعی بودن واجب، آیا واجب بر اصلی حمل می‌شود یا بر تبعی؟ این مسئله دو صورت دارد: اگر در تعریف واجب تبعی «امر عدمی» لحاظ شود، اصالة العدم جاری می‌شود و می‌توان تبعی بودن آن را نتیجه گرفت؛ اما اگر در تعریف واجب تبعی، «امر وجودی» لحاظ شود، اصالة العدم به دلیل بروز اصل مثبت جاری نمی‌شود.^{۷۳} اگر واجب تبعی به امر وجودی معنا شود، مثلاً در تعریف آن گفته شود: «واجب تبعی واجبی است که ارادة نامستقل به آن تعلق گرفته است»، در این گونه موارد هنگام شک در اینکه فلان واجب اصلی است یا تبعی، نمی‌توان استصحاب عدم تعلق ارادة مستقل جاری کرد و نتیجه گرفت آن واجب مشکوک، تبعی است، مگر اینکه اصل مثبت حجت باشد؛ زیرا -طبق این معنا برای

۷۰. صاحب‌جواهر، جواهر الکلام، ۳۷۹/۱؛ ۳۱۰/۱۸؛ ۲۶۹/۲۵؛ ۲۵۹/۲۹؛ ۳۵۴/۳۰؛ ۱۶۵/۳۱؛ ۳۶۵؛ ۲۵۶/۳۶؛ ۲۸۷/۴۰؛ آخوند خراسانی، در

الفوائد فی حاشیه علی القرائد، ۳۵۷، ۳۵۸؛ اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۳۹۲/۱؛ خمینی، کتاب البیع، ۵۷۸/۱؛ ۴۵۵/۲.

۷۱. «الحق ان الامر لا يقتضى الا الاتيان في الوقت وجوب القضاء يحتاج الى امر جديد» (میرزای قمی، قوانین المحکمه، ۳۰۱/۱).

۷۲. جزایری، منتهی الدرایه، ۱۰۲/۲؛ مهرکش، غایة السؤل، ۵۶۹/۱.

۷۳. مشکینی اردبیلی، کفایة الاصول محشی، ۵۹۶/۱؛ حسینی شیرازی، الوصول الى کفایة الاصول، ۱۴۰/۲.

واجب تبعی - عدم تعلق اراده غیر مستقل به صورت مستقیم اثر شرعی ندارد، بلکه غیر مستقیم دارای اثر شرعی است.

آنچه در این مجال به وسیله استصحاب عدم اثبات می شود عبارت است از تعلق نگرفتن اراده مستقل؛ یعنی امر عدمی استصحاب می شود: قبل از اینکه واجب مشکوک واجب شود، به آن اراده مستقل تعلق نگرفته بود و بعد از اینکه واجب شد، شک می شود که آیا این تعلق اراده و طلب مولا به صورت مستقل بود یا نه. اینجا بنا بر استصحاب باید حکم کرد اراده مستقل به آن تعلق نگرفته است. در این مورد استصحاب امر عدمی است. حال اگر به سبب این امر عدمی، تبعی بودن واجب اثبات شود، باید اصل مثبت حجت باشد.

نتیجه گیری

سایر تحقیقات در طول برداشت از روایات قرار می گیرند؛ یعنی اگر شخص اصولی قبول کند که نوع نگرش روایات وارد شده در امارات با نوع نگرش روایات وارد شده در اصول عملیه هماهنگ است، چاره ای جز قبول لوازم هر دو وجود نخواهد داشت. همچنین در خلال مباحث اشاره شد که اساساً اصولیان به دلیل قصور دلیل (روایات) است که قائل به عدم حجیت اصل مثبت اند نه به دلیل محذور عقلی. در مقاله حاضر این ادعا تا حدی روشن شد که نگرش روایات به امارات و استصحاب تفاوتی ندارد؛ پس هر متکفل استنباطی که در مسئله اصل مثبت وارد می شود و در جهت «نفی یا اثبات» آن می کوشد یا برای «نقد یا اثبات» مسئله اصولی یا فقهی به اصل مثبت تمسک می کند، ناگزیر است اعتبار یا عدم اعتبار اصل مثبت را باتوجه به روایات بررسی کند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. درر الفوائد فی حاشیه علی الفرائد. قم: شفق. ۱۳۸۴.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایة الاصول. قم: آل البيت. ۱۳۸۵.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. بحر الفوائد فی شرح الفرائد. بیروت: مؤسسة التاریخ العربی. ۱۴۲۹ق.
- اعتمادی، مصطفی. شرح الرسائل، قم، انتشارات شفق، ۱۴۲۶ق
- ابن فارس، احمد بن فارس. معجم مقاییس اللغة. بیروت: دار احیاء التراث العربی. ۱۴۲۹ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دار الکتاب العلمیة. ۱۴۲۴ق.

۲۷۴/ نشریه فقه و اصول، سال پنجاه و هفتم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۴۱

احمدی، اکبر، محمدرضا امام، عابدين مؤمنی، علی مظهر قراملكی. «بررسی اعتبار مثبتات ادله با رویکردی به نظر امام خمینی(ره)»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی. ش ۲، دوره ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ۹۵ تا ۱۱۵.

اصفهانى، محمدحسین. حاشیه کتاب المكاسب. قم: پایه دانش. ۱۴۲۵ق.
اصفهانى، محمدحسین. نهاية الدراية فى شرح الكفاية. بيروت: آل البيت. ۲۰۰۸م.
انصارى، مرتضى بن محمد امين. فرائد الاصول. قم: مطبوعات دينى. ۱۳۸۱.
ايروانى، على. الاصول فى علم الاصول. قم: مؤسسه بوستان كتاب. ۱۳۸۷.
تبريزى، موسى بن جعفر. اوثق الوسائل فى شرح الرسائل. قم: سماء قلم. ۱۳۸۸.
جزايرى، محمد جعفر. منتهى الدراية فى توضيح الكفاية. قم: فقاها. ۱۴۲۷ق.
جوادى آملی، عبدالله. تقريرات درس خارج فقه. به تقرير احسان مهرکش. غير مطبوع.
حاترى يزدى، عبدالكريم بن محمد جعفر. درر الفوائد. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. ۱۴۰۸ق.
حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشيعة. تهران: دار الكتاب الإسلامية. ۱۳۷۲.
حسينى شيرازى، محمد. الوصول الى كفاية الاصول. قم: وجدانى. بى تا.
حسينى فيروزآبادى، مرتضى. عناية الاصول فى شرح كفاية الاصول. تهران: دار الكتاب الإسلامية. ۱۳۹۲م.

حيدرى، على نقى. اصول الاستنباط. قم: لجنة ادارة الحوزة العلمية. ۱۴۱۲ق.
خمينى، روح الله. تنقيح الاصول. به تقرير حسين اشتهااردى. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى. ۱۴۲۷ق.

خمينى، روح الله. تهذيب الاصول. به تقرير جعفر سبحانى. قم: مهر. بى تا.
خمينى، روح الله. كتاب البيع. تهران: مؤسسه نشر و آثار امام خمينى. ۱۳۹۲.
خمينى، مصطفى. تحريريات فى الاصول. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى. ۱۴۲۷ق.
خوئى، ابوالقاسم. مصباح الاصول. به تقرير سيد محمد سرور واعظ بهسودى. قم: كتاب فروشى داورى. ۱۴۱۷ق.

رشتى، حبيب الله بن محمد على. بدايع الافكار. قم: آل البيت. بى تا.
شهيد ثانى، زين الدين بن على. تمهيد القواعد. قم: مؤسسه النشر الإسلامى. ۱۴۱۶ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الكلام. بيروت: دار احياء التراث العربيه. بى تا.
سبحانى، جعفر. المحصول فى علم الاصول. مقرر: سيد محمود جلالى مازندارنى. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۴ ق

صدر، محمدباقر. بحوث فی علم الاصول. به تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. ۱۴۲۶ق.

صدر، محمد باقر. مباحث الاصول، مقرر: سید کاظم حسینی حائری، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸ ق

صنقر علی، محمد. المعجم الاصولی. قم، منشورات الطیار، ۱۴۲۸ ق
طوسی، محمد بن حسن. الاستبصار فیما اختلف من الاخبار. قم: انصاریان. ۱۳۸۴.
طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الاحکام. قم: انصاریان. ۱۳۸۴.
عراقی، ضیاء الدین. نهاية الافکار. به تقریر محمد تقی بروجردی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. ۱۴۲۲ق.

علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عرف. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. ۱۳۸۸.
فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. قاموس المحيط. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی. ۱۴۲۴ق.
فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنی فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قاهره: وزارة المعارف العمومية، المطبعة الاميرية. ۱۹۲۸م.

کلینی، محمد بن یعقوب. الفروع من الکافی. تهران: دار الکتاب الاسلامیة. ۱۳۸۴.
مدرس، علی محمد. «عدم حجیت استصحاب در لوازم عقلیه»، مجله کانون وکلا. ش ۸۵، آذر و دی ۱۳۴۲.

مشکینی اردبیلی، ابوالحسن. کفایة الاصول محشی. قم: دار الحکمة. ۱۴۱۵ق.
مصباح، هادی، محمد حسین حائری، مجتبی الهی خراسانی. «پژوهشی در ماهیت «اصل محرز» با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر»، مجله فقه و اصول. ش ۱۰۰، دوره ۴۷، بهار ۱۳۹۴. ۱۶۴ تا ۱۴۳.

معزی نجف آبادی، الهام، سید ابوالقاسم نقیبی. «کاربرد اصل مثبت در علم اصول و فقه»، مجله فقه و اصول. دوره ۵۱، ش ۴، پیاپی ۱۱۹، زمستان ۱۳۹۸. صص ۹۳ - ۱۱۴
jfu.v51i4.66738/۱۰/۲۲۰۶۷

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الاصول. به تقریر احمد قدسی. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع). ۱۴۲۸ق.

مهرکش، احسان. غایة السؤل. قم: بوستان کتاب. ۱۴۰۰.
میرزای قمی، ابوالقاسم. قوانین المحکمه. قم: احیاء الكتب الاسلامیة. ۱۴۳۰ق.
ناطق، محمد. «بررسی مسئله حجیت و عدم حجیت اصل مثبت»، مطالعات اصول فقه امامیه.

۲۷۶/ نشریه فقه و اصول، سال پنجاه و هفتم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۴۱

دوره ۹۷، ش ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ۶۳ تا ۹۲.

نائینی، محمدحسین. اجود التقریرات. به تقریر ابوالقاسم خوئی. قم: صاحب الامر. ۱۴۱۹ق.
نائینی، محمدحسین. فوائد الاصول. به تقریر محمدعلی کاظمی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۴۲۴ق.

وحید خراسانی، حسین. تحقیق الاصول. به تقریر علی میلانی. قم: حقائق. ۱۴۳۱ق.

Transliterated Bibliography

Aḥmadī, Akbar; Muḥammad Riḍā Imām; ‘Ābidīn Mu’min, ‘Alī Maẓhar Qarāmalikī. “Barrisī I’tibār Musbatāt Adilah bā Rūyarkī bi Naẓar Imām Khumaynī”, *Majallih-yi Fiqh va Mabānī Huqūq Islāmī*. no. 2, Durih-yi 44, autumn and winter 2012/1390, 95–115.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim ibn Ḥusayn. *Durar al-Fawā'id fī Ḥāsīyah ‘alā al-Farā'id*. Qum: Shafaq, 1965/1384.

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim ibn Ḥusayn. *Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Āl al-Bayt(AS), 1966/1385.

‘Alīdūst, Abū al-Qāsim. *Fiqh va ‘Urf*. Tehran: Pazhūhishgāh-i Farhang va Andīshih-yi Islāmī. 2010/1388.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *al-Farā'id al-Uṣūl*. Qum: Maṭbū‘ātī Dīnī. 1962/1381.

Āshtiyānī, Muḥammad Hasan ibn Ja‘far. *Baḥr al-Fawā'id fī Sharḥ al-Farā'id*. Beirut: Mū’assisa al-Tārīkh al-‘Arabī, 2008/1429.

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. *al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ*

al-Kabīr li-l-Rāfi'ī. Cairo: Wizāra al-Ma'ārif al-'Umūmiya, al-Maṭba'a al-Amīriya. 1928/1307.

Fīrūzābādī, Muḥammad ibn Ya'qūb. *al-Qāmūs al-Muḥīṭ*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī. 2003/1424.

Ḥā'irī Yazdī. 'Abd al-Karīm ibn Muḥammad Ja'far. *Durar al-Fawā'id*. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī, 1988/1408.

Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Wasā'il al-Shī'a*. Tehran: Dār al-Kitāb al-Islāmīyya. 1994/1372.

Ḥusaynī Fīrūz Ābādī, Murtaḍā. *Anāya al-Uṣūl fī Sharḥ Kifāya al-Uṣūl*. Tehran: Dār al-Kitāb al-Islāmīyya. 1972/1392.

Ḥusaynī Shīrāzī, Muḥammad. *al-Wuṣūl ilā Kifāya al-Uṣūl*. Qum: Vujdānī. s.d.

Ḥydarī, 'Alī Naqī. *Uṣūl al-Istinbāṭ*. Qum: Lajnat Idāra al-Ḥawzah al-'Ilmiyah. 1992/1412.

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Tūrāth al-'Arabī, 2008/1429.

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya. 2003/1424.

'Irāqī, Ḥayyā' al-Dīn. *Naḥāya al-Afkār*. Muqarr Muḥammad Taqī Burūjirdī. Qum: Mū'assisa al-Nashr al-Islāmī. 2001/1422.

Īrawānī, 'Alī. *al-Uṣūl fī 'Ilm Uṣūl*. Qum: Mū'assisah-yi Būstān-i Kitāb, 2009/1387.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Ḥāshīya Kitāb-i al-Makāsib*. Qum: Pāyih-yi Dānish, 2004/1425.

Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. *Nihāya al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. Beirut: Āl al-Bayt(AS). 2008/1429.

I'timādī, Muṣṭafā. *Sharḥ al-Rasā'il*. Qum: Intishārāt-i Shafaq, 2005/1426.

Javādī ‘Āmilī. ‘Abd Allah. *Taqrīrāt Dars-i Khārij Fiqh*. Muqarr Iḥsān Mihrkīsh. Ghiyr Maṭbū‘.

Jazāyri, Muḥammad Ja‘far. *Muntahā al-Dirāya fī Tawḍīḥ al-Kifāya*. Qum: Faqāhat, 2006/1427.

Khū‘ī, Abū al-Qāsim. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. bi Taqrīr Sayyid Muḥammad Surūr Wā‘iz Biḥsūdī. Qum: Kitābfurūshī al-Dāwarī. 1996/1417.

Khumaynī, Muṣṭafā. *Taḥrīrāt fī al-Uṣūl*. Qum: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2006/1427.

Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Kitāb-i al-Bay‘*. Tehran: Mū‘assisah-yi Nashr-i va Āsār-i Imām Khumaynī. 2014/1392.

Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Tahdhīb al-Uṣūl*. Taqrīr Ja‘far Subḥānī. Qum: Mihr. s.d.

Khumaynī, Rūḥ Allāḥ. *Tanqīḥ al-Uṣūl*. Taqrīr Ḥusayn Ishtihārdī. Qum: Mū‘assisah-yi Tanẓīm va Nashr-i Āsār-i Imām Khumaynī. 2006/1427.

Kulīnī, Muḥammad ibn Ya‘qūb. *al-Furū‘ min al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya. 1965/1384.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. *Anwār al-Uṣūl*. Taqrīr Aḥmad Qudsī. Qum: Madrisah Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib (AS), 2007/1428.

Mihrkish, Iḥsān. *Ghāyat Su‘ūl*. Qum: Būstān-i Kitāb, 2022/1400.

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim. *Qawānīn al-Muḥkamah*. Qum: Iḥyā‘ al-Kutub al-Islāmīyya, 2009/1430.

Miṣbāḥ, Hādī; Muḥammad Ḥusayn Ḥā‘irī; Muḥtabā Ilāhī Khurāsānī, “Pazhūhīsh dar Māhīyat “Aṣl Muḥriz” bā Ta’kīd bar Dīdgāh-i Muḥaqqiq Nā’īnī va Shahīd Ṣadr”, *Majallih-yi Fiqh va Uṣūl*. no. 100, Durīh-yi 47, Spring 2016/1394, 143-164.

Mishkīnī Ardabīlī, Abū al-Ḥasan. *Kifāya al-Uṣūl Muḥashshī*. Qum: Dār al-Ḥikmat. 1995/1415.

Mudaris, ‘Alī Muḥammad. “‘Adam Ḥujīyat al-Istiṣḥāb dar Lavāzim

‘Aqlīyih”, *Majallah-yi Kānūn Vukalā*. no. 85, Āzar va Diy 1963/1342.

Mu‘izzī Najafābādī, Iilhām; Sayyid Abū al-Qāsim Naqībī. “Kārburd Aṣl Musbat dar ‘Ilm Uṣūl va Fiqh”, *Majallih-yi Fiqh va Uṣūl*. Durih-yi 51, no. 4, Payāpiy 119, winter, 2020/1398, 93-114.

Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Ajwad al-Taqrīrāt*. Muqarr Abū al-Qāsim Khū’ī. Qum: Ṣāḥib al-Amr, 1998/1419.

Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn. *Fawā’id al-Uṣūl*. Muqarr Muḥammad ‘Alī Kāẓimīnī. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī. 2003/1424.

Nāṭiqī, Muḥammad. “Barrisī Mas’alah-yi Ḥujjīyat va ‘Adam Ḥujjīyat Aṣl Musbat”, *Muṭāli‘āt Uṣūl Fiqh Imāmīyah*. Durih-yi 97, no. 9, spring and summer 2019/1397, 63-92.

Rashtī, Ḥabīb Allāh ibn Muḥammad ‘Alī. *Badā’i‘ al-Afkār*. Qum: Āl al-Bayt. s.d.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Taqrīr Sayyid Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī. Qum: Mū’assisa Dāyrah al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Islāmī. 2005/1426.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Taqrīr Sayyid Kāẓim Ḥusaynī Ḥā’irī, Qum: Maktab al-‘Alām al-Islāmī, 1988/1408.

Ṣāḥib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām*. Beirut: Dār Ihṡā’ al-Tūrāth al-‘Arabīya. s.d.

Ṣanqūr ‘Alī, Muḥammad. *al-Mu‘jam al-Uṣūlī*. Qum: Manshūrāt al-Ṭayār. 2007/1428.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. *Tamhīd al-Qawā’id*. Qum: Mū’assisa al-Nashr al-Islāmī, 1995/1416.

Subḥānī, Ja‘far. *al-Maḥṣūl fī ‘Ilm al-Uṣūl*. bi Taqrīr Sayyid Maḥmūd Jalālī Māzandarānī. Qum: Mū’assisah-yi Imām Ṣādiq(AS). 1994/1414.

Tabrīzī, Mūsā ibn Ja‘far. *Awthaq al-Wasā’il fī Sharḥ al-Rasā’il*. Qum: Samā’ Qalam, 1968/1388.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Istibṣār fī mā Ikhtalafa min al-Akḥbār*. Qum: Anṣārīyān. 1965/1384.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *Tahdhīb al-Aḥkām*. Qum: Anṣārīyān. 1965/1384.

Wahīd Khurāsānī, Ḥusayn. *Tahqīq al-Uṣūl*. Muqarr ‘Alī Mīlānī, Qum: Ḥaqā’iq, 2010/1431.

Table of Contents

A New Perspective on the Status of a Witness's Moral Integrity and Its Means of Verification in Iranian Law and Jurisprudence	11
Dr. Mohammad Mahdi Alsharif - Reza Qasemi Rostami - Dr. Seyed Mohsen Qaem Fard - Seyed Vahid Sadeghi	
The Nature and Impacts of Inserting Ineffective Conditions in Contracts	35
Amir Mahmoud Amini - Dr. Rahim Pilvar - Ahmad Saberi Majd	
A Reflection on the Concept of Trust-based Contract ('aqd-i amānī) and A Critique of the Applicability of the Proofs for the Lack of Liability (Zamān) of the Trustee (Amīn) in Non-benevolent Trust-based Contracts	61
Dr. Mansooreh Bokaei - Dr. MohammadTaghi Fakhlaei - Dr. Sayyed MohammadHadi Ghabooli Dorafshan	
An Interpretation of Quran and the Constitution: Similarities between the Interpretive Method of Shī'a Jurisprudence and American Law	87
Dr. Reza Pour Mohammadi	
A Critique of the Restriction of Inheritance in Cases of Deaths with Unknown Timing for Drowning Victims and Those Buried Under the Ruins (gharqī va mahdūm 'alayhim) (Based on Verbal Relationships in the Ḥadīths)	115
Seyedeh Reyhaneh Rezaeian - Dr. Mohammad Rasoul Ahangaran - Dr. Mohammad Ja'fari Harandi	
The Impact of Alzheimer's Disease on the Obligation and Validity of Prayer	139
Dr. Soheila Rostami - Dr. Wrya Hafidi	
Re-examining the Semantics of "Property" from the Viewpoint of Shī'a Jurisprudence	171
Dr. javad soltani fard - Dr. Ahmad Ali Yousefi - Dr. Ahmad Mohammadi	
An Inquiry into the Meaning of 'Iffat (Chastity or Modesty) in the Fields of Jurisprudence and Ethics	201
Dr. Mahdi Shajarian	
An Inquiry into the Meaning of 'Iffat (Chastity or Modesty) in the Fields of Jurisprudence and Ethics	233
Dr. Mahdi Gerami Poor - Mostafa Jamal Bafqi	
The Validity of Natural Principle (Aṣl-i Muthbat) ,with a Reflection in Ḥadīths	255
Ehsan Mehrkesh	



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 57, No. 2: Issue 141, Summer 2025

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editorial Assistant: Shahsaman Shahrokh

Shahian

Language Editor : Sayeda Marzieh Khaleghi
Miran

Translation of Abstracts: Mina Mollaie

Transliterator: Maryam Oraee

Layout Designer: Hussein Zekavatizadeh

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr.J. Īravanī

Prof , Razavi University of Islamic Sciences

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S. Soltānī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International
Society

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

In the Name of Allah



انفقه و اصول

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۷ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۴۱
تابستان ۱۴۰۴



عناوین مقالات

- نگاهی نو به جایگاه عدالت شاهد و طُرُق احراز آن، در فقه و حقوق ایران
دکتر محمد مهدی الشریف - رضا قاسمی رستمی - دکتر سید محسن قائم فرد - سید وحید صادقی
ماهیت و آثار درج شرط بیفایده در قراردادها
امیر محمود امینی - دکتر رحیم پیلوار - احمد صابری مجد
تأملی در مفهوم عقد امانی و نقدی بر شمول ادله عدم ضمان امین بر عقود امانی غیر احسانی
دکتر منصوره بکایی - دکتر محمد تقی فخلعی - دکتر سید محمد هادی قبولی درافشان
تفسیر قرآن و قانون اساسی: مشابهت‌های سنت تفسیری فقه امامیه و حقوق آمریکا
دکتر رضا پور محمدی
نقد تخصیص توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به غرق و مهدوم‌علیهم (بر پایه مناسبات لفظی اخبار)
سیده ریحانه رضاییان - دکتر محمد رسول آهنگران - دکتر محمد جعفری هرنندی
تأثیر بیماری آلزایمر بر وجوب و صحت نماز
دکتر سهیلا رستمی - دکتر وریا حفیدی
باز پژوهی معناشناختی «مال» از منظر فقه امامیه
دکتر جواد سلطانی فرد - دکتر احمد علی یوسفی - دکتر احمد محمدی
واکاوی معنای عفت در دانش فقه و اخلاق
دکتر مهدی شجریان
نقد روش شناختی تمرکز بر متن خطابات شرعی در مقام استظهار از ادله نقلی
دکتر مهدی گرامی‌پور - مصطفی جمال بافتی
حجیت اصل مثبت با درنگ در روایات
احسان مهرکش



فقه و اصول

شماره ۱۴۱

تابستان ۱۴۰۴



Journal of Figh and Usul

Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 57, No. 2: Issue 141, Summer 2025

Contents

- A New Perspective on the Status of a Witness's Moral Integrity and Its Means of Verification in Iranian Law and Jurisprudence**
Dr. Mohamad Mehdi Alsharif - Reza Qasemi Rostami - Dr. Seyed Mohsen Qaem Fard - Seyyed Vahid Sadeghi
- The Nature and Impacts of Inserting Ineffective Conditions in Contracts**
Amir Mahmoud Amini - Dr. Rahim Pilvar - Ahmad Saberi Majd
- A Reflection on the Concept of Trust-based Contract ('aqd-i amānī) and A Critique of the Applicability of the Proofs for the Lack of Liability (Zamān) of the Trustee (Amīn) in Non-benevolent Trust-based Contracts**
Dr. Mansooreh Bokaee - Dr. Mohammad Taghi Fakhlaei - Dr. Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan
- An Interpretation of Quran and the Constitution: Similarities between the Interpretive Method of Shī'a Jurisprudence and American Law**
Dr. Reza Pour Mohammadi
- A Critique of the Restriction of Inheritance in Cases of Deaths with Unknown Timing for Drowning Victims and Those Buried Under the Ruins (gharqī va mahdūm 'alayhim) (Based on Verbal Relationships in the Ḥadīths)**
Seyyede Reyhaneh Rezaeian - Dr. Mohammad Rasoul Ahangaran - Dr. Mohammad Ja'fari Harandi
- The Impact of Alzheimer's Disease on the Obligation and Validity of Prayer**
Dr. Soheila Rostami - Dr. Wrya Hafidi
- Re-examining the Semantics of "Property" from the Viewpoint of Shī'a Jurisprudence**
Dr. Javad Soltani Fard - Dr. Ahmad Ali Yousefi - Dr. Ahmad Mohammadi
- An Inquiry into the Meaning of 'Iffat (Chastity or Modesty) in the Fields of Jurisprudence and Ethics**
Dr. Mahdi Shajarian
- An Inquiry into the Meaning of 'Iffat (Chastity or Modesty) in the Fields of Jurisprudence and Ethics**
Dr. Mahdi Gerami Poor - Mostafa Jamal Bafqi
- The Validity of Natural Principle (Aṣl-i Muthbat), with a Reflection in Ḥadīths**
Ehsan Mehrkesh